

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'ÉTAT DE L'OFFICIER

DANS LES

ARMÉES DE TERRE ET DE MER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Vendredi 28 Mai 1909, à 2 heures 1/2

PAR

Edmond BLOT

ANCIEN OFFICIER DE MARINE

RÉDACTEUR AU MINISTÈRE DE LA MARINE

Président : M. BERTHÉLEMY.

*Suffragants : { MM. SAUZET, } professeurs.
JACQUELIN, }*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1909



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

L'ÉTAT DE L'OFFICIER

DANS LES

ARMÉES DE TERRE ET DE MER

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Vendredi 28 Mai 1909, à 2 heures 1/2

PAR

Edmond BLOT

ANCIEN OFFICIER DE MARINE

RÉDACTEUR AU MINISTÈRE DE LA MARINE

Président : M. BERTHÉLEMY.

Suffragants : { MM. SAUZET, } *professeurs.*
JACQUELIN, }

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot, et rue Toullier, 13

1909



BIBLIOGRAPHIE

Bequet. — *Répertoire du droit administratif :*

Armée de terre.

Contentieux administratif.

Marine militaire.

Pensions de retraite.

Responsabilité de la puissance publique.

Fonctionnaires publics.

Dalloz. — *Répertoire général de législation, de doctrine et de jurisprudence.*

Dalloz. — *Code des lois politiques et administratives.*

Duvergier. — *Collation complète des lois, décrets....*

Lebon. — *Recueil des arrêts du Conseil d'État.*

Sirey. — *Recueil général des lois et des arrêts.*

Grande encyclopédie.

Adhémar — *L'état des officiers dans les armées de terre et de mer.* Thèse, Paris, 1900.

Berthelemy. — *Traité de droit administratif.*

Desdouits. — *L'officier dans l'armée nouvelle.* Thèse, Paris, 1906.

Durat-Lassalle. — *Droit et législation des armées de terre et de mer.*

Fournier et Neveu. — *Traité d'administration de la marine,*
tome 1^{er}.

Gillet. — *Non-activité et réforme des officiers.* Thèse, Paris, 1904.

Garraud. — *Précis de droit criminel.*

Haurion. — *Précis de droit administratif.*

Lafferrière. — *Jurisprudence administrative.*

Rabany. — *Le recrutement de l'armée.*

Wilhem. — *Commentaire théorique et pratique des codes de justice militaire pour l'armée de terre et l'armée de mer.*

Bulletins officiels des Ministères de la Guerre et de la Marine.

Journal officiel de la République française.

Moniteur de 1834.

INTRODUCTION

L'état des officiers est actuellement régi par la loi du 19 mai 1834 et on peut dire, avec une exactitude suffisante, que les garanties qui entourent la carrière militaire ne remontent pas au delà de cette époque.

L'idée de reconnaître aux officiers un état dont ils ne pourraient être privés arbitrairement est antérieure, il est vrai ; l'Assemblée Nationale en avait posé le principe, mais sa tentative était restée infructueuse. D'après un décret du 7 juillet 1790, aucun officier ne pouvait être *destitué de son emploi sans le jugement d'un conseil de guerre*. Plus tard un décret du 12 septembre 1791, employant le mot d'« état » pour la première fois, avait décidé que les officiers qui, *sans démission volontaire ou sans jugement, auraient été arbitrairement privés de leur état ou suspendus de leurs fonctions*, seraient censés les avoir toujours exercées.

Ces dispositions étaient à la fois excessives et incomplètes. Il était exagéré d'entourer de mêmes garanties la privation de l'état et la suspension de fonction, et d'exiger un jugement pour cette dernière mesure. En assimilant la

suspension de fonction à une pénalité, le décret de 1791 confondait les fautes contre la discipline et les infractions, au sens pénal du mot, de même que les sanctions propres à chacune de ces fautes.

Sur ce premier point, une réaction ne tarda pas à se faire sentir. Par un excès inverse, la Constitution de l'an VIII accorda au chef du pouvoir exécutif le droit de *nommer et de révoquer à volonté* les officiers des armées de terre et de mer. En s'attribuant sans contrôle l'exercice du pouvoir disciplinaire le plus absolu, le Premier Consul supprimait d'un mot toutes les garanties que les actes antérieurs avaient données : la destitution d'un officier par simple décret devenait une mesure légale. (Terèze, 11 avril 1834).

Le décret de 1791 était, en outre, inapplicable parce qu'il ne faisait pas la part des conditions du service, ne prévoyant pas d'autre position que l'activité.

La distinction entre le grade et l'emploi, bien que non dégagée, était cependant au fond des choses. Il avait fallu régler à diverses reprises la situation d'officiers qui, en dehors de toute faute, ne pouvaient être conservés à l'armée pour des raisons personnelles ou de service. Quand ces officiers ne démissionnaient pas volontairement, on ne pouvait pourtant pas les destituer.

Contrairement au décret de 1791, on avait admis en 1793 que des officiers pouvaient être suspendus et qu'ils cessaient alors de recevoir tout traitement jusqu'à ce qu'un décret les eût remis en place.

Plusieurs lois postérieures cherchèrent une solution équitable dans l'institution d'une position spéciale dite de *réforme*. Cette position correspondait à la radiation des contrôles de l'armée par suite de licenciement de corps ou de suppression d'emploi lorsque l'armée passait du pied de guerre aux effectifs de paix ; la situation de l'officier en réforme était définitive en ce qu'il recevait un traitement viager, mais elle ne faisait pas obstacle à ce qu'il reprit du service. Par ses causes, comme par ses effets, cette position se rapprochait donc davantage de notre « non activité », dont le nom n'existait pas à l'époque, que de la réforme organisée par la loi de 1834.

Le régime ainsi créé dura jusqu'en 1834, mais avec des fluctuations qui rendirent de plus en plus précaire la condition de ces officiers. Un arrêté de l'an VIII avait décidé que le traitement de réforme cesserait d'être payé à ceux qui refuseraient de reprendre du service. Un décret de 1812 le limita à une durée de cinq ans et le remplaça par une gratification insignifiante à l'égard des officiers qui n'étaient pas jugés susceptibles d'être remis en activité.

Le but de l'empereur avait été de déterminer les officiers valides à reprendre du service ; le Gouvernement de Louis XVIII se servit de ce décret pour renvoyer de l'armée, avec la seule gratification de réforme, les officiers qu'il ne voulait pas conserver à son service. En même temps les destitutions avaient reparu fréquentes et arbitraires.

Une ordonnance de 1823 régla à nouveau la situation des officiers en réforme, mais, à côté des avantages nouveaux qu'elle leur accordait, cette ordonnance supprimait toute garantie, en prévoyant que le roi pourrait formellement priver un officier de tout traitement par l'ordonnance prononçant la réforme. La réprobation fut telle que cette dernière disposition dut être rapportée en 1829 ; le fait qu'elle avait pu figurer dans une ordonnance montre, cependant, à quel régime de bon plaisir était livrée la situation des officiers.

L'armée avait cruellement souffert de l'état de suspicion dans lequel l'avait tenue le Gouvernement de la Restauration ; il importait de la rassurer. Ce fut l'honneur du Gouvernement de Juillet de s'attacher à cette œuvre.

L'article 69 de la Charte de 1830 promet de pourvoir dans le plus court délai aux moyens pour « assurer d'une manière légale l'état des officiers ». Trois projets de loi furent successivement déposés et aboutirent à la loi du 19 mai 1834 qui règle encore de nos jours la matière.

TITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS SUR L'ÉTAT DES OFFICIERS

« Le Gouvernement », écrivait le colonel Paixhans, rapporteur à la Chambre des Députés, « a voulu que chacun, en remplissant ses devoirs, fut garanti contre l'erreur ou l'arbitraire sous la menace desquels il ne peut y avoir, pour des hommes d'honneur, ni sécurité ni dignité ».

Deux intérêts se trouvaient engagés qu'il s'agissait de concilier : d'une part, les nécessités de la discipline sans laquelle il n'y a pas d'armée ; de l'autre, les droits que l'officier acquiert par ses services. Les paroles prononcées à la Chambre des Députés par le ministre de la Guerre en déposant le troisième projet font connaître comment ce compromis fut réalisé :

« La loi ne doit pas intervenir en ce qui concerne
« l'emploi ; c'est une conséquence du principe admis par
« la commission que, si le grade est une propriété acquise,
« il est de principe constitutionnel que l'emploi demeure
« à la disposition du roi qui, dans l'intérêt de l'armée
« elle-même dont il est le chef, ne doit pas laisser sous

« les drapeaux celui qui les dégraderait par son inconduite
« ou son incapacité.

« L'économie du projet repose sur cette distinction
« entre le grade et l'emploi : le grade, qui constitue réelle-
« ment la partie de l'état de l'officier que l'article 69 de
« la Charte a voulu assurer ; l'emploi, qui doit naturelle-
« ment ressortir de cet autre article de la Charte par lequel
« le roi est investi du commandement suprême des armées
« de terre et de mer.

« Toutefois le roi lui-même a jugé que, s'il ne devait ni
« ne pouvait abdiquer ni déléguer un droit que lui donne
« la Charte, rien n'empêchait qu'il en réglât l'exercice, de
« manière à mettre sa religion à l'abri de toute surprise
« et à garantir ainsi les officiers de tout préjudice. »

En quoi consiste donc l'état de l'officier ? Le grade, dit l'article 1^{er}, constitue l'état de l'officier. Cette définition montre bien sur quoi porte l'état, quelle est cette chose dont l'officier est dit propriétaire ; mais est-elle complète ? L'état ne comprend-il pas d'autres éléments ?

La remarque en fut faite à la Chambre des Pairs où la rédaction de l'article 1^{er} fut l'objet de vives critiques. Quand on analyse, en effet, les différents éléments qui concourent à assurer la situation de l'officier et influent sur le développement de sa carrière, on en aperçoit immédiatement au moins deux, le grade et l'emploi ; c'est de la combinaison de ces deux éléments que résultent les diverses positions dans lesquelles l'officier peut se trouver placé.

L'examen de la jurisprudence conduit à en ajouter un troisième, le rang d'ancienneté. La notion du rang a pénétré d'une façon si complète qu'il ne semble pas constituer un droit distinct du grade, mais seulement un de ses éléments naturel et indispensable, — l'élément qui intervient dès que le grade n'est plus envisagé d'une manière absolue en la personne de son titulaire, mais sans ses effets à l'égard des autres. Il y a bien cependant dans le rang, tel que la jurisprudence l'a assuré, une idée qui s'ajoute à celle du grade. Lorsque l'on dit qu'une date de nomination ne sera pas modifiée, ou du moins ne le sera que pour des causes déterminées, jusque là l'ancienneté n'est pas un élément distinct du grade. Mais l'officier a une garantie autrement considérable : lorsqu'il a pris rang sur la liste d'ancienneté de son grade, aucune nomination ultérieure ne peut donner à un officier un rang antérieur au sien. C'est en se plaçant à ce point de vue que l'on peut voir dans le rang d'ancienneté un élément de l'état ayant sa valeur propre.

Il n'est donc pas exact que l'état de l'officier ne comprenne que le grade ; il faut y ajouter le rang d'ancienneté et l'emploi : le rang d'ancienneté, puisque cet élément n'a de valeur qu'à raison de la garantie dont il est entouré ; l'emploi, parce que la discussion de la loi ne laisse aucun doute à cet égard.

Tout en répétant que la loi ne devait pas intervenir en ce qui concerne l'emploi, le ministre de la Guerre déclarait que le grade est *la partie* de l'état de l'officier que la

Charte a voulu assurer, témoignant ainsi que l'état comprend autre chose que le grade. Dans les Chambres se manifesta d'ailleurs la préoccupation très vive de donner à l'emploi des garanties réelles, d'entourer de formes l'action du Gouvernement.

Comment pourrait-il d'ailleurs en être autrement ? Le grade sans l'emploi n'est plus qu'un titre nu ; c'est ce dernier qui le vivifie en quelque sorte. C'est bien d'ailleurs dans ce sens large que s'entend de nos jours le statut des fonctionnaires. Sous cette rubrique on tend à comprendre toutes les garanties qui intéressent le développement de la carrière : règles d'avancement, mesures disciplinaires, admission à la retraite,.... en un mot, l'ensemble des droits opposables à l'administration.

Mais la définition de la loi du 19 mai 1834 a cette qualité qu'elle dégage l'élément de la fonction qui subsiste, dont l'intéressé seul peut disposer. A côté de l'idée de droits opposables à l'administration, la distinction entre le grade et l'emploi fait apparaître celle d'un bénéfice qui ne correspond à aucun service actuellement rendu ; ce qui serait, aux yeux de certains auteurs, la caractéristique des situations d'état. Le fonctionnaire qui a un état serait celui qui possède un élément de sa fonction comme sa chose, qui conserve cet élément quand il cesse d'être pourvu d'un emploi, qui en est propriétaire (1). L'officier a sur son grade un droit qui affecte la forme d'une propriété ; on

(1) Note de M. Hauriou dans Sirey, 1904, 3, 65.

peut dire qu'il est dans une situation analogue à celle d'un propriétaire qui conserve le bénéfice de son droit sans avoir à l'exercer actuellement ; mais il faut se garder de conclure à l'assimilation, l'officier étant dépourvu des attributs fondamentaux de la propriété, puisque son droit est viager et hors du commerce.

La nature du lien existant entre l'officier et la puissance publique dépend de l'opinion que l'on se fait sur la condition juridique du fonctionnaire. Nous n'avons pas à examiner ici si les obligations réciproques de l'État et du fonctionnaire ont leur source dans la loi ou dans un contrat, mais il nous faut au moins dire que le problème existe et montrer comment il se pose.

On a souvent cherché à établir qu'il y a de véritables contrats entre l'administration et le personnel employé et à en définir la nature. La question se posait surtout à l'occasion des demandes en réparation formées à raison de préjudices causées par des mesures disciplinaires arbitraires ou des révocations illégales.

La situation contractuelle, autrefois soutenue, fut condamnée par des décisions du Tribunal des conflits affirmant la compétence de la juridiction administrative. La doctrine n'a jamais cessé de contester cette thèse ; mais, à la suite de l'évolution de la jurisprudence qui s'accomplit depuis quelques années, elle est de nouveau reprise (1).

(1) Le terme de contrat est employé fréquemment par les commis-

Il ne faut cependant pas conclure que le Conseil d'État y adhère, car les arrêts sont fondés seulement sur ce principe élémentaire de justice que tout dommage injustement causé mérite indemnité; l'arrêt Villenave (11 décembre 1903) écartait même expressément l'hypothèse du contrat, l'arrêt Lacourte (5 février 1907) ne le fait plus.

Il convient toutefois de remarquer que les partisans du lien contractuel écartent absolument l'idée d'un contrat de droit civil créant entre l'administration et ses agents des rapports de droit tels qu'il s'en forme entre patron et employé. Une telle assimilation serait inconciliable avec les pouvoirs de puissance publique auxquels ils sont soumis et le ministère dont ils sont revêtus. Il ne saurait s'agir que d'un contrat de droit public, d'une nature spéciale, ayant, en particulier, ce caractère propre — contraire même à la notion essentielle du contrat — de ne pas créer au profit du fonctionnaire un droit au maintien des garanties qui constituent son état (1). La condition des parties exige que ce contrat soit affecté de certaines conditions potestatives destinées à sauvegarder les prérogatives de la puissance publique.

Que la situation soit considérée comme réglemen-

saire du Gouvernement en parlant des rapports de l'État avec ses fonctionnaires, et notamment à propos du personnel officier. Le commissaire du Gouvernement écrit dans ses conclusions au sujet de l'arrêt Babin (4 mai 1906) : « en ce qui concerne les rapports de l'administration avec ses agents, le pouvoir exécutif a pleine autorité pour statuer et peut fixer librement les conditions de ce contrat..... »

(1) G. Teissier : *La responsabilité de la puissance publique*.

taire ou contractuelle, nous arrivons donc à cette conclusion, dont nous aurons plus loin à faire l'application, que les avantages de la fonction ne constituent aucun droit acquis pour l'avenir. L'officier, comme tout fonctionnaire, peut exiger le respect des garanties qui constituent son état ainsi que l'observation des règles protectrices établies en sa faveur, mais seulement tant qu'elles n'ont pas été régulièrement modifiées ou rapportées par l'autorité compétente.

Le bénéfice de l'état consiste en ce que les décisions qui atteignent le fonctionnaire se caractérisent à son égard non plus par leurs motifs administratifs, mais par l'effet, qu'elles sont de nature à produire sur son état. Ces décisions doivent être appréciées au point de vue subjectif des droits du fonctionnaire, et non plus au point de vue objectif, c'est-à-dire du but poursuivi par l'administration (1).

L'officier a le droit de venir discuter devant la juridiction administrative les questions intéressant son état : ses prérogatives sont sous la sauvegarde du Conseil d'État dont la situation est assez élevée pour lui permettre de statuer, sans porter atteinte à la discipline militaire, sur des requêtes de cette nature.

Pour que cette garantie soit efficace, il importe que le Gouvernement ne puisse pas soustraire, à son gré, à tout

(1) Note sous l'arrêt Fontin (2 août 1898). Sirey, 1900....

recours contentieux les mesures prises à l'égard des fonctionnaires ; aussi est-il intéressant de constater, dès le début de cette étude, que le Conseil d'État dénie absolument aux décisions de cette nature le caractère d'acte de gouvernement. Peu importe le mobile (même politique) ou la forme de la décision (même prise en Conseil des ministres, ou approuvée par le Parlement). La question a été jugée plusieurs fois à l'occasion de mesures prises contre des princes appartenant aux maisons ayant régné sur la France.

Sous la monarchie de Juillet, et plus tard sous le second empire, le Conseil d'État avait admis que des mesures prises contre les membres des anciennes familles régnantes échappaient à tout recours.

La question se posa à nouveau après la chute du Gouvernement impérial à l'occasion de la réclamation formée par le prince Napoléon contre sa radiation de l'annuaire de l'armée (arrêt du 19 février 1875). Le ministre de la Guerre concluait à l'irrecevabilité du pourvoi parce que la décision avait été prise en Conseil des ministres. Le commissaire du Gouvernement fit remarquer que :
« si les actes de Gouvernement sont discrétionnaires
« de leur nature, la sphère à laquelle appartient cette qualification ne saurait s'étendre arbitrairement au gré du
« Gouvernement, que, pour représenter le caractère
« exceptionnel qui le met en dehors et au-dessus de tout
« contrôle juridictionnel, il ne suffit pas qu'un acte émané
« du Gouvernement ou de l'un de ses représentants ait

« été délibéré en Conseil des ministres ou qu'il ait été « dicté par un intérêt politique. » Le Conseil d'État se rangea à ces conclusions et examina l'affaire au fond.

Le ministre de la Guerre renouvela les mêmes arguments à l'occasion des pourvois formés par les princes d'Orléans et Murat contre les décisions qui les rayaient des cadres de l'armée à la suite de la loi du 22 juin 1886. Il opposait à la recevabilité du pourvoi la pensée exclusivement politique de l'acte, le vote de confiance obtenu des Chambres, et enfin les pouvoirs discrétionnaires dévolus au Gouvernement par les lois d'exception. Le Conseil d'État écarta ces conclusions, considérant que les décisions avaient été prises en vue d'assurer l'application de la loi et constituaient des actes administratifs susceptibles d'être déférés à sa censure.

CHAPITRE II

CONCESSION DE L'ÉTAT D'OFFICIER

—

I

La loi du 19 mai 1834 a cité dans les articles 24 et 26 quelques corps auxquels elle s'applique. Doit-on conclure de cette disposition que l'état d'officier ne peut être accordé à un corps ou à un personnel que par une loi ? (1)

(1) Il faut supposer, bien entendu, s'il s'agit de la création d'un personnel nouveau, que la légalité du décret ne peut être discutée au point de vue du fond même de la réforme, que les attributions dévolues à ce nouveau personnel n'empiètent pas sur celles que d'autres corps tiennent de la loi. D'autre part les pensions militaires constituent un régime exceptionnel dont le bénéfice ne peut être conféré par décret, qu'il s'agisse de prévoir des emplois nouveaux ou d'assimiler des emplois à ceux qui y figurent déjà ; plus généralement, la loi du 25 février 1901 (art. 33) exige une loi pour toute modification aux conditions d'admission à la retraite et au taux des pensions du personnel, quel qu'il soit, des diverses administrations de l'État.

La matière du droit à pension est donc devenue exclusivement du domaine législatif, mais cela n'aurait pas pour effet d'empêcher le pouvoir exécutif de donner à un personnel un statut tel que celui de la loi de 1834 ni même d'organiser un corps nouveau ou de modifier la hiérarchie d'un personnel existant. Il suffit, s'il y a lieu, de faire

L'énumération contenue dans ces articles n'a jamais été considérée comme limitative. La question s'est posée récemment devant le Conseil d'État ; le commissaire du Gouvernement l'a résolue en examinant, d'une façon générale, quelle est la délimitation des sphères d'action des pouvoirs législatif et exécutif.

Il n'existe pas de règle de droit écrit sur cette matière ; tout au plus peut on déduire des principes des conditions dans lesquelles s'est manifestée jusqu'à présent l'action du législateur. Tantôt cette intervention est générale, tantôt elle n'est qu'accidentelle, et la matière peut alors être considérée dans son ensemble comme appartenant au domaine du pouvoir exécutif sauf les cas particuliers que le législateur s'est réservés.

En principe, le pouvoir exécutif a qualité pour régler l'organisation des services publics et les conditions de leur fonctionnement en tout ce qui ne porte pas atteinte aux droits des tiers ; c'est donc lui qui fixe la situation des fonctionnaires vis-à-vis de l'administration. Cette compétence générale du pouvoir exécutif pour tout ce qui concerne le personnel peut être rattachée au droit que le chef de l'État tire de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 d'assurer l'exécution des lois et de nommer à tous les emplois publics.

précéder ou suivre le décret d'un article de loi, comme les lois de finances en contiennent chaque année, réglant le point particulier du droit à pension.

En fait, le législateur a laissé à cet égard au pouvoir exécutif une liberté très étendue. Il est intervenu à diverses reprises, soit pour organiser certains corps, soit pour régler certaines questions dans leur ensemble (législation des pensions), soit pour traiter certains points particuliers ; mais il ressort du caractère limité de ces interventions qu'en dehors des points particuliers que le Parlement a entendu se réserver, l'administration a un véritable pouvoir propre sans qu'il lui soit nécessaire d'une délégation du pouvoir législatif (1).

On peut cependant constater une tendance des Chambres à réagir contre le régime des décrets simples. Une loi du 5 juillet 1850 avait prescrit que, dans un délai d'une année, des règlements d'administration publique détermineraient les conditions d'admission et d'avancement pour tous les services publics où ces conditions n'étaient pas régies par une loi. Cette loi, malgré le caractère temporaire qu'elle avait en la forme, posait au fond un principe qui aurait pu subsister ; elle tomba vite dans l'oubli, et il ne semble même pas qu'elle ait reçu exécution dans le délai qu'elle prescrivait.

Dans l'armée de terre, les attributions et l'organisation des services, ainsi que du personnel, sont réglées par voie législative ; le champ d'action dans lequel peut se mouvoir le pouvoir exécutif est très limité, sinon nul.

(1) Conclusions du commissaire du Gouvernement dans l'arrêt Babin (4 mai 1906) ; Sirey, 1908, 3, 410.

Dans le Département de la Marine, au contraire, nous trouvons bien, sous le Gouvernement de Juillet, quelques lois imitées de celles de l'armée (loi du 21 avril 1832 sur l'avancement, loi du 17 juin 1841 sur l'organisation de l'état-major général), mais il faut attendre jusqu'à 1892 et 1896 pour que des corps soient soustraits au régime des décrets et, encore actuellement, il n'existe aucune loi d'ensemble sur l'organisation des services ; mais, à la suite de la création du corps des administrateurs de l'inscription maritime en 1902, et depuis lors à plusieurs reprises, le Parlement a manifesté sa volonté formelle de mettre fin à ces errements.

Tant qu'une loi ne s'y oppose pas impérativement, le pouvoir exécutif a donc qualité pour déterminer le statut d'une catégorie de fonctionnaires. Les règles posées ont, vis-à-vis des intéressés et de l'État, le même caractère obligatoire et sont appliquées par le même juge, qu'elles soient édictées par le législateur ou par le représentant autorisé du pouvoir exécutif. La seule différence, c'est que, dans le cas où la situation de l'agent est réglée par le législateur, elle a plus de fixité, puisqu'elle ne peut être modifiée que par une loi, tandis qu'elle peut être modifiée par un acte du pouvoir exécutif lorsqu'elle n'est fixée que par un acte émané de la même autorité.

La situation n'est pas autre lorsqu'un acte réglementaire dispose qu'une loi, celle du 19 mai 1834 par exemple, est applicable à une catégorie d'agents. Ce personnel n'a pas la garantie d'un régime législatif ; il suffira d'un décret

pour lui retirer pour l'avenir le bénéfice qui avait pu légalement lui être conféré par un acte de cette nature. Les agents qui entrèrent ultérieurement dans ce corps seront indubitablement placés sous le régime nouveau, mais quelle devient la situation de ceux qui sont alors en fonctions ? En pratique, lorsqu'un décret retire le bénéfice de l'état d'officier, il décide que les agents dont il s'agit seront désormais nommés par le ministre et non plus par le chef de l'État ; cette disposition suffit sans que l'acte fasse allusion au nouveau statut qui régira ce personnel. La situation des agents en fonction doit nécessairement se ramener à l'une des trois solutions suivantes : ou bien ils conservent l'état d'officier pendant toute leur carrière, ou bien ils le perdent immédiatement, ou bien ils le conservent dans leur grade actuel puisqu'ils y ont été nommés par le chef de l'État, mais le perdront après promotion au grade supérieur, puisqu'ils y seront nommés par décision ministérielle.

Malgré ses apparences, cette dernière solution n'est pas logique ; nous ne la défendrons pas. La première, non plus, n'est pas satisfaisante ; il faut alors continuer à donner les avancements à certains de ces agents par décret, contrairement au texte organique, et parfois même, si la hiérarchie a été modifiée, leur conférer des grades qui n'existaient pas quand cette hiérarchie était militaire. La véritable solution est la deuxième, et c'est celle qui s'impose en l'absence de mesure transitoire spécialement édictée. On y objecte souvent que c'est donner un effet rétroactif

au décret que de retirer à ces fonctionnaires l'état d'officier dont ils jouissent; l'article 1^{er} de la loi de 1834, dit-on, détermine limitativement les cas dans lesquels le grade se perd. La réponse est facile : l'article 1^{er} n'a plus à intervenir puisque précisément le décret a retiré au personnel en cause le bénéfice de cette loi.

Ces conclusions sont contraires à l'opinion que les intéressés se font, en général, de leur état ainsi qu'à des décisions qui ont été prises, le plus souvent par bienveillance, parfois aussi par erreur ; quelque rigoureuses qu'elles soient, elles nous semblent indiscutables (1).

II

La loi du 19 mai 1834 s'applique aux officiers de l'armée de mer comme de l'armée de terre (Art. 24).

Faite pour les officiers des corps combattants, elle a été, dès l'origine, appliquée à certains corps assimilés tels que l'intendance et le corps de santé, dont les membres

(1) Nous citerons comme exemple le cas du personnel des professeurs de l'École navale. Un décret du 25 juillet 1887 avait disposé que ces professeurs, nommés jusqu'alors par le chef de l'État, seraient désormais nommés par le ministre. Le 3 août 1892, le ministre de la Marine fit décider par le chef de l'État que ceux des professeurs entrés à l'École avant le 25 juin 1887 jouiraient du bénéfice de la loi de 1834. Cette décision était parfaitement régulière, mais nous voyons l'erreur se faire jour dans une circulaire du 21 avril 1893 qui déclare que la décision n'a pas eu pour effet de leur accorder l'état d'officier, mais de reconnaître qu'ils ne l'avaient jamais perdu.

recevaient plus souvent la qualification de fonctionnaires militaires que celle d'officiers, ainsi qu'à certaines catégories d'employés militaires n'ayant pas l'assimilation avec les officiers et qui reçurent seulement, plus ou moins tardivement, le bénéfice de la correspondance des grades.

Le statut des officiers fut ensuite étendu à d'autres corps tels que le contrôle de l'administration de l'armée, aux ingénieurs de poudres et salpêtres, aux officiers d'administration des différents services.....

Dans l'armée de mer la loi était applicable aux officiers de marine et des troupes de la marine (1), ainsi qu'aux officiers entretenus des autres corps de ce Département dénommés alors officiers civils. Elle fut étendue, parfois par des lois, le plus souvent par voie de décret, à des séries de personnels, ou même seulement aux titulaires des grades les plus élevés de certains personnels, donnant ainsi à ces agents jusque là civils, la qualité de militaire.

Il ne faudrait cependant pas croire que le fait d'être placé sous le régime de la loi de 1834 donne à un personnel la qualité de militaire.

(1) Les troupes de la marine, à l'exception de la gendarmerie maritime, sont rattachés depuis la loi du 7 juillet 1900 au ministère de la Guerre et ont pris le nom de troupes coloniales. Les officiers de ces troupes sont soumis, pour la plupart des points, aux lois qui régissent les officiers de l'armée de terre et non ceux de l'armée de mer. C'est sous réserve de cette observation qu'il faut comprendre les expressions « armée de terre » et « armée de mer » que nous emploierons dans la suite.

Dans l'armée de terre la situation est très nette. D'après un avis du Conseil d'État du 27 juillet 1888 (confirmé au contentieux en matière d'élection), on doit considérer exclusivement comme « employé de l'armée de terre en activité » ceux qui figurent sur les tableaux annexés aux lois du 13 mars 1875 et 16 mars 1882 sur l'organisation et l'administration de l'armée. Il s'ensuit que les ingénieurs des poudres et salpêtres qui constituaient un personnel civil, placé pour les pensions sous le régime de la loi du 9 juin 1853, n'ont pas changé de qualité du fait que la loi du 16 mars 1882 leur a donné le statut de celle du 19 mai 1834.

Il n'existe, au contraire, aucun texte définissant la composition de l'armée de mer ; on considère donc comme faisant partie de cette armée tous les agents ayant la qualité d'officiers même appartenant à des corps entièrement civils, mais encore faut-il qu'ils relèvent du ministre de la Marine. Il nous semble donc qu'on ne peut plus considérer comme appartenant à l'armée de mer des fonctionnaires tels que les professeurs des écoles d'hydrographie depuis qu'ils relèvent exclusivement du ministre du Commerce et sont nommés par lui ; bien qu'un article de loi leur ait maintenu le statut de la loi de 1834 et affirmé certaines prérogatives propres aux militaires, telles que le traitement afférent à la croix de la Légion d'honneur, ces professeurs ne nous paraissent plus être que des fonctionnaires civils, n'appartenant à aucune des deux armées, jouissant seulement des mêmes avantages que les fonctionnaires militaires.

Cette opinion n'est pas, il est vrai, partagée au ministère de la Marine où on les considère toujours comme justiciables des conseils de guerre de l'armée de mer. Ce département s'appuie sur un avis bizarre émis autrefois par le comité consultatif du contentieux de la Marine au sujet de la situation des officiers du corps de santé de la Marine passés au service des colonies. D'après cet avis, ces médecins, ayant le statut de la loi de 1834, n'avaient pu perdre la qualité d'officier de l'armée de mer en passant à un autre département ministériel ; ils devaient être considérés comme des militaires non présents à leur corps, restant justiciables des juridictions maritimes, mais seulement pour les crimes et délits spéciaux prévus par le Code de justice, — et, à cet égard, on ne devait prendre en considération que le grade qu'ils possédaient au moment où ils avaient cessé de relever du Département de la Marine, quelques avancements qu'ils aient obtenus dans les corps coloniaux (1).

La loi du 19 mai 1834 ne concernait que les officiers de l'armée française ; elle ne s'appliquait donc pas aux officiers indigènes ou étrangers des corps spéciaux dont la loi du 9 mars 1831 avait autorisé la formation. Elle a été étendue aux officiers indigènes par des décrets des 6 janvier et 21 mars 1874, mais les officiers étrangers n'en ont pas le bénéfice.

Dans l'armée de mer les officiers nommés au titre indigène dans le corps des Baharias ont été placés sous

(1) Wilhem : *Commentaires du Code de justice*, n° 133.

le régime de la loi de 1834 (Décret du 10 mars 1906).

Le régime de la loi de 1834 est propre aux officiers de l'armée active. Les officiers de réserve ou de l'armée territoriale sont placés sous un statut spécial, défini par un règlement d'administration publique, présentant certaine analogie avec celui des officiers de l'armée active, mais tenant compte de ce que la situation d'officier de réserve ne constitue pas une carrière comme celle d'officier du cadre actif. La distinction entre l'emploi et le grade s'y présente par suite dans des conditions complètement différentes ; l'officier de réserve perd son grade dans des circonstances où l'officier du cadre actif ne perdrait que son emploi. Nous ne traiterons pas sans cette étude de l'état des officiers de réserve.

TITRE II

LE GRADE

Le grade est le degré, l'échelon occupé dans la hiérarchie militaire ; c'est le titre même auquel sont attachés les droits et les prérogatives à la différence de l'emploi qui n'est que la fonction conférée momentanément pour exercer les attributions du grade à un poste déterminé.

La possession d'un grade dans l'armée française suppose certaines qualités requises pour l'accession à toute fonction publique, indépendamment des conditions de capacité propres à chacune d'elles.

La première est la qualité de Français ; l'aptitude à être fonctionnaire constitue un droit civique dont l'étranger n'a pas la jouissance. Il faut aussi celle de citoyen ; les fonctions publiques ne doivent être conférées qu'à ceux dont les qualités morales sont une garantie de dignité et d'observation du devoir professionnel. Ces conditions sont nécessaires pour être admis dans l'armée française (1) ; elles le sont également pour y demeurer. Nous les

(1) A ces conditions générales il y a lieu d'ajouter l'incapacité particulière créée par la loi du 22 juin 1886, à l'égard des membres des familles ayant régné en France, dérogation apportée, pour des motifs d'ordre politique, au principe que tous les Français sont également accessibles aux fonctions publiques. Les membres des familles ayant régné ne peuvent entrer dans les armées de terre et de mer, ni exercer aucune fonction publique.

retrouverons plus loin en étudiant les causes qui font perdre le grade.

La première de ces conditions appelle quelques commentaires. Nous avons vu, en examinant à quels corps est accordé le bénéfice de l'état d'officier, que la loi du 9 mars 1831 avait autorisé la formation de corps spéciaux, composés d'indigènes ou d'étrangers, qui font partie de l'armée française depuis la loi du 13 mars 1875. Il faut distinguer dans ces corps deux lignes de services distinctes : d'une part, les officiers français, qui sont nommés ou promus conformément aux règles générales de recrutement et d'avancement de l'armée française ; de l'autre, les officiers étrangers ou indigènes ainsi que les officiers français servant au titre indigène, assujettis à des règles propres et n'ayant des droits généraux que ceux qui leur ont été expressément accordés.

Les grades conférés au titre indigène ou étranger ne constituent pas des grades dans l'armée française proprement dite, et de là résulte que la condition du titulaire dans l'armée ne change pas du fait d'une naturalisation postérieure. Les lettres de naturalisation concèdent des droits civils et politiques mais ne peuvent avoir pour effet d'attribuer un grade *qui ne pouvait être conféré que suivant les conditions des lois relatives à l'avancement* (Aff. Poerio, 14 décembre 1836), — un grade *que le requérant n'avait pas à l'époque où il a obtenu les lettres*. (Aff. d'Aceto, 4 juillet 1838). Les officiers dans cette situation

réclameraient en vain leur classement dans le cadre des officiers français (Allegro, 23 juin 1849).

Il convient toutefois de remarquer que ces restrictions ont leur source dans des décrets ; la loi du 14 avril 1832 sur l'avancement n'édicte aucune règle à l'égard de ces officiers. Un décret peut donc modifier la situation qui leur est faite et les admettre à concourir avec les officiers français au bénéfice de l'avancement pourvu qu'ils se trouvent dans les conditions de la loi ; c'est dans ces conditions que des décrets des 10 mars 1854 et 16 avril 1856 admirent avec leur grade au titre français des officiers qui avaient servi en Algérie et en Orient.

La physionomie propre du grade, et c'est là le caractère fondamental de l'état de l'officier, est que cet élément de l'état, une fois conféré, ne peut plus être retiré, ou du moins ne peut l'être que pour des causes déterminées. Le grade crée entre l'officier et l'État un lien qui ne peut être rompu par la volonté unilatérale de l'officier, pas plus que, de son côté, l'État n'a la faculté de le briser sans observer certaines formes spéciales. L'officier pourra offrir la démission de son grade, il ne sera dégagé de son lien militaire que lorsqu'elle aura été acceptée ; inversement, il peut se rendre indigne de son grade par certaines fautes, il n'en sera déchu que s'il est condamné.

L'emploi est sans influence sur le grade : la loi prévoit diverses positions dans lesquelles l'officier est susceptible de se trouver placé ; mais, qu'elles soient définitives ou provisoires, l'officier y conserve son grade.

CHAPITRE PREMIER

COLLATION DU GRADE

Le grade suppose une nomination émanant du chef de l'État.

Cette condition est nécessaire ; elle résulte des termes de l'article 4^{er} de la loi du 19 mai 1834. La nomination est faite par décret rendu sur la proposition du ministre compétent.

C'est naturellement à celui qui veut se faire reconnaître dans un grade de prouver l'existence du titre qui le lui confère. Cette preuve résultera le plus souvent de ce que le décret aura été inséré au *Journal officiel* ; l'intéressé pourra aussi produire son brevet ou la lettre qui lui est délivrée et qui constate sa nomination ; mais cette pièce a perdu tout intérêt propre depuis que, dans la plupart des cas, en temps de paix, les lettres d'avis de nomination ne sont plus délivrées par le ministre, et que l'insertion au *Journal officiel* tient lieu de lettre de service collective dont les chefs de corps remettent extrait à l'intéressé (Décret et instruction du 22 novembre 1904).

Il ne suffirait pas d'avoir rempli effectivement les fonc-

tions du grade (Vallier, 17 décembre 1836), ou d'en avoir porté les insignes (Billière, 30 mars 1838 : le requérant les avait portés pendant vingt ans !). Il ne servirait pas davantage à un officier, pour réclamer un grade, de prouver que le ministre lui en a attribué le titre dans des actes officiels. Le cas se présenta pour un officier étranger : après sa naturalisation, le grade qu'il réclamait lui avait été reconnu par erreur ; le Conseil d'État rejeta ses prétentions parce que les lettres de naturalisation n'avaient pu avoir pour effet de lui attribuer un grade qu'il n'avait pas à l'époque où il les avait obtenues, et que les actes postérieurs sur lesquels il se fondait étaient le résultat d'une erreur qu'il était du devoir du ministre de réparer (d'Aceto, 4 juillet 1838). Aucun acte, de quelque nature qu'il soit, ne peut suppléer au titre constitutif du grade.

La condition est suffisante : du moment où un décret portant nomination a été rendu et publié, le grade est définitivement acquis au titulaire ; le décret ne peut plus être rapporté, alors même que la nomination résulterait d'une erreur (1).

(1) *Revision des grades conférés pendant la guerre de 1870.* — Une dérogation très grave a été apportée à la règle de l'irrévocabilité du grade à la suite de la campagne de 1870-71.

Les événements avaient nécessité, dans l'armée de terre, une série de mesures d'exception. Des décrets des 13 octobre et 3 novembre 1870 avaient suspendu les règles d'avancement, puis autorisé la délivrance par les commandants en chef de commissions, établies à titre provi-

Le Conseil a affirmé ce caractère irrévocable d'une façon très ferme dans un arrêt du 13 mars 1852 (Aff. Mercier). Un sous-officier rayé du tableau d'avancement ayant été nommé sous-lieutenant par erreur, le colonel avait renvoyé au ministre de la Guerre la lettre de nomination qui lui était destinée et un second décret avait rapporté le pre-

soire quand le titulaire ne réunissait pas les conditions d'avancement, et qui pouvaient devenir définitives en cas d'action d'éclat.

Un décret du 24 octobre 1870 avait également prévu que les officiers démissionnaires, revenus au service, pourraient recevoir de l'avancement et être maintenus dans les cadres à la fin des hostilités.

Une revision générale des grades conférés dans ces conditions s'imposait d'autant plus que beaucoup l'avaient été à titre définitif. Le pouvoir exécutif ne pouvait porter atteinte aux grades acquis. Comme, d'autre part, de nombreux intérêts allaient être lésés, il était indispensable que les décisions qui seraient prises eussent un caractère d'autorité incontesté et fussent à l'abri de tout recours contentieux.

A cet effet, une loi du 8 août 1871 décida que le ministre de la Guerre étudierait les titres des officiers et qu'une Commission de quinze membres nommés par l'Assemblée Nationale statuerait. En déléguant ainsi à une Commission une partie de ses pouvoirs souverains, l'Assemblée Nationale donnait aux décisions que cette Commission pourrait prendre le caractère d'actes parlementaires, échappant, par cela même, au même titre que des actes législatifs, à tout recours contentieux.

Des réclamations nombreuses s'élevèrent. Le Conseil d'État conclut à l'irrecevabilité de tout recours, parce que la Commission ne constituait pas une autorité administrative et que ses actes ne relevaient que de l'Assemblée dont elle émanait ; il se déclara seulement juge d'apprécier si les actes déférés à sa censure constituaient bien des décisions de la Commission, ou si le ministre avait fait une juste application à l'officier de la décision le concernant (25 juillet 1873, Simonin).

mier. Le ministre soutenait que la nomination ne devenait irrévocable que par la remise du brevet au titulaire. Le Conseil d'État annula le deuxième décret, considérant « *que l'officier avait été régulièrement nommé par un décret inséré au « Journal Militaire officiel » que le décret qui avait annulé cette nomination n'était fondé sur aucune des causes déterminées par l'article 1^{er} de la loi de 1834, et que, dès lors, il avait été rendu en violation de la loi.* »

On a conclu de cet arrêt qu'une nomination devenait définitivement acquise du seul fait de son insertion dans un organe officiel, « que cette insertion ne validait pas « seulement la nomination, mais la suppléerait et la créerait en quelque sorte là où elle ne saurait juridiquement « exister ». Les règles d'avancement ou de nomination resteraient-elles donc sans sanction ?

Cette déduction semble excessive.

Il nous paraît exact qu'une nomination irrégulière ne pourrait plus être rapportée ; mais ce n'est pas seulement dans l'irrévocabilité du grade que nous en voyons la raison. Il fut bien entendu, lors de la discussion de l'article 1^{er}, que les garanties de la loi de 1834 ne s'appliqueraient qu'au grade conféré conformément aux lois. Cet article s'opposerait évidemment à ce que le grade fût retiré pour l'avenir s'il a existé dans le passé ; mais il ne saurait être invoqué s'il était possible de décider rétrospectivement que la nomination n'a pas produit d'effets de droit dans le passé, ou, si l'on préfère, d'annuler les effets de fait qu'elle

a produits à tort. Or ce droit n'appartient pas à une autorité exécutive parce que ses pouvoirs en matière de nomination sont limités au présent ; en faisant remonter dans le passé l'effet d'une décision, une autorité commettrait un excès de pouvoir, une sorte d'incompétence *ratione temporis*, comme on a dit en termes excellents. Le chef de l'État, en rapportant une nomination, exercerait des pouvoirs qui ne lui appartiennent plus (1).

De ce qu'il n'appartient pas au Gouvernement de rapporter une nomination irrégulière, il ne s'ensuit pas qu'elle soit irrévocable ; nous ne croyons pas qu'une telle décision soit à l'abri de tout recours contentieux.

Le Conseil d'État, il est vrai, déclarait autrefois qu'aucun recours n'était possible contre une nomination au choix (22 janvier 1863, Gâche ; 9 janvier 1868, de Vittré) ; mais les conditions dans lesquelles une nomination peut être attaquée ne sont plus les mêmes depuis l'évolution accomplie par la jurisprudence en matière d'excès de pouvoir tiré de la violation de la loi.

(1) Contrairement aux conclusions que nous donnons, nous devons cependant constater qu'en rejetant la réclamation du prince Napoléon contre sa radiation de l'annuaire de l'armée, le Conseil d'État a reconnu indirectement au Gouvernement le droit de rapporter une nomination irrégulière. En fait, il y avait retrait du grade ; mais le Conseil d'État envisagea la mesure prise à l'égard du prince comme l'annulation d'une nomination illégale, comme la constatation que le requérant n'avait jamais été titulaire du grade qu'il avait porté (arrêt du 19 février 1875).

Un pourvoi était, jadis, déclaré irrecevable si le requérant ne justifiait pas de la violation d'un droit acquis en même temps que de celle de la loi. Cette double condition ne se trouvait réunie qu'exceptionnellement. Elle se présentait bien en matière d'avancement à l'ancienneté, mais seulement en la personne de l'officier le plus ancien ; or, précisément dans ce cas, l'article 36 de l'ordonnance du 16 mars 1838 prévoit une réparation qui donne toute satisfaction à l'intéressé sans toucher à la situation de l'officier indûment nommé. En matière d'avancement au choix, il y avait, tout au plus, lésion d'intérêt.

Depuis quelques années, au contraire, le Conseil d'État a assoupli les conditions de recevabilité de ce recours en vue d'offrir une plus grande protection aux fonctionnaires contre les perturbations apportées à la marche de leur avancement. La transformation s'est opérée par un élargissement de la notion du droit violé, consistant à ne plus exiger que le droit soit acquis et à prendre en considération le droit *éventuel* que tout fonctionnaire appartenant aux cadres d'une administration a aux emplois de sa carrière. Un fonctionnaire a un intérêt suffisant pour former un recours contre une nomination toutes les fois que la décision attaquée attribue indûment une des places auxquelles lui et les fonctionnaires de même ordre ont vocation exclusive(1).

(1) Voir, dans Sirey, la note sous les arrêts des 11 décembre 1903 (Lot et Molinier) et 18 mars 1904 (Savary) affirmant pour la première

Dans le domaine des fonctions civiles, le Conseil d'État n'hésite pas à prononcer l'annulation de nominations irrégulières ; on ne voit pas pourquoi il en serait autrement en ce qui concerne les nominations d'officiers. L'article 1^{er} de la loi de 1834, répétons-le, n'y fait pas obstacle ; il ne s'agit pas de retirer le grade, mais de savoir si le grade a été conféré, de constater que l'individu n'en a pas été titulaire.

Un point est certain, c'est qu'un officier peut obtenir du Conseil d'État annulation d'une nomination en tant qu'elle porte atteinte à son rang d'ancienneté ; nous en trouvons la preuve dans des arrêts des 27 mars 1874 (Faidherbe), 24 juillet 1874 (Caillet) et 17 mai 1907 que nous étudierons plus loin. Dans les deux premiers de ces arrêts, les recours sont rejetés comme formés tardivement, mais le Conseil d'État n'oppose pas aux requérants l'irrévocabilité du grade ; il déclare même, dans l'arrêt Caillet, que, pour faire respecter ses droits, l'intéressé aurait dû se pourvoir contre les nominations qui y portaient atteinte. Dans le troisième arrêt, le Conseil d'État annule les nominations attaquées en ce qu'il leur trouve d'irrégulier.

Comme l'ancienneté fait partie de l'état de l'officier au même titre que le grade, et que le Conseil d'État déclare

fois cette jurisprudence. Le Conseil d'État a eu l'occasion d'en faire l'application au personnel officier (de la Taste, 15 décembre 1905), en admettant qu'un officier a intérêt et qualité pour attaquer l'inscription au tableau d'avancement d'un officier de son grade qu'il prétend avoir été faite en violation des règlements.

qu'elle ne peut être enlevée en dehors des causes prévues par l'article 1^{er} de la loi de 1834, on doit conclure des arrêts qui précèdent que cet article n'est pas opposable quand la nomination n'est pas régulière.

On ne trouve cependant pas d'arrêt annulant intégralement la collation d'un grade, mais il n'en existe pas, non plus, confirmant des nominations illégales. Dans un arrêt du 15 décembre 1905 (de la Taste), le Conseil d'État, pour reconnaître qu'un officier peut attaquer une inscription au tableau d'avancement, s'appuie sur ce « qu'un officier promu au grade supérieur ne peut être frappé de rétrogradation que dans les cas prévus par la loi », mais il ne semble pas que cette phrase veuille affirmer l'irrévocabilité d'une nomination irrégulière. Le mot « rétrogradation », s'il est pris dans son sens strict, exclut même l'application de l'article 1^{er} de la loi de 1834 puisque, dans les cas prévus par cet article, ce n'est pas seulement le grade actuel mais la qualité d'officier qui disparaît ; la rétrogradation dans les cas prévus par la loi n'est que la remise dans son ancien grade d'un officier promu en violation de la loi. Le considérant oppose l'inscription au tableau d'avancement, qui n'est exigée que par un décret, aux conditions d'avancement exigées par la loi, et signifie seulement que la promotion d'un officier ne pourrait être annulée que s'il ne réunissait pas les conditions fixées par la loi, et non du fait de l'irrégularité de son inscription à un tableau.

Aux termes de l'article 22 de la loi du 14 avril 1832,

toute promotion doit être immédiatement rendue publique par insertion au *Journal militaire officiel* (devenu le *Bulletin officiel du ministère de la Guerre*).

Dans l'armée de mer, l'article 25 de la loi du 21 avril de la même année ordonnait l'insertion de toute nomination aux *Annales maritimes* (remplacées par le *Bulletin officiel du ministère de la Marine*) et au *Moniteur* (actuellement le *Journal officiel* ; les lois récentes organisant certains corps ne prescrivent plus que l'insertion au *Journal officiel*.

Cette prescription, étant contenue dans des lois particulières à certains corps, ne concerne strictement que ces corps ; elle est cependant observée pour toutes les nominations de fonctionnaires ou agents ayant l'état d'officier. La publication des nominations présente, en effet, intérêt parce qu'elle équivaut à une notification collective ; en exigeant qu'elle soit accompagnée des renseignements précis énumérés à l'article 22 de la loi du 14 avril 1832, le législateur a manifesté sa volonté qu'elle emportât notification aux intéressés. Elle fait courir par suite le délai pendant lequel un recours contentieux doit être formé (Arrêt Faidherde, 27 mars 1874) ; aussi importe-t-il de préciser quels recueils peuvent-être considérés comme des organes légaux de publication des actes portant nominations. Cette qualité appartient au *Journal officiel* et au *Bulletin des lois* (mais en pratique les nominations ne sont pas insérées dans ce recueil) ; elle doit aussi être reconnue, pour le ministère de la Guerre, au *Bul-*

letin officiel de ce Département, en raison des termes de l'article 22 de la loi du 14 avril 1832, mais le *Bulletin officiel de la Marine* ne semble pas la posséder (1).

Il reste à examiner si la publication du décret est une condition indispensable de la collation du grade. Un officier figure sur un décret qui n'est pas publié ou ne l'est pas intégralement ; il ne reçoit pas, non plus, de lettre de nomination ; peut-il réclamer l'application du décret ?

Vis-à-vis des tiers, l'officier ne peut certainement pas se prévaloir d'un nouveau grade puisqu'il ne produit aucun titre, et sa situation reste précaire, si la nomination n'a pas été régulière, puisque le délai dans lequel elle peut être attaquée ne court pas.

Mais à l'égard du ministre ? Nous nous trouvons en présence de textes, tels que l'article 22 de la loi du 14 avril 1832, qui prescrivent la publication de toute nomination, mais il ne semble pas que ces textes aient eu pour but de résoudre la question de l'existence de la nomination ; le législateur a voulu seulement par ces articles ordonner une formalité dans l'intérêt du tiers. Si un décret possédait sa force en lui-même, indépendamment de toute manifestation extérieure, en vertu des principes généraux du droit, l'article 22 de la loi du 14 avril

(1) En ce sens, les conclusions du commissaire du Gouvernement dans l'arrêt Alcindor (1^{er} juin 1906) ; mais le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur la question.

1832, n'aurait certainement pas pour effet d'empêcher ces principes de s'appliquer aux nominations militaires.

Il s'agit donc seulement de savoir si, d'une façon générale, dans notre droit public, un décret individuel tient sa force exécutoire immédiatement, du seul fait de la signature du chef de l'État. Le Conseil d'État l'a admis implicitement en matière d'admission à la retraite (Moulard, 1^{er} juin 1895), après avoir jugé jusqu'alors que la publication ou la notification à l'intéressé était nécessaire pour donner force légale à un acte. Si le Conseil d'État perséverait dans cette jurisprudence, il serait difficile d'en refuser aux intéressés le bénéfice en cas de nomination, alors qu'il en supporte les inconvénients dans d'autres hypothèses ; mais rien ne permet de croire que le Conseil d'État s'oriente dans cette voie.

Toutefois, s'il nous paraît qu'un officier ne saurait demander l'application d'un décret qui n'a pas vu le jour, nous croyons au contraire qu'un officier pourrait se réclamer d'un décret qui n'aurait pas été publié intégralement ; l'acte doit être publié dans les conditions mêmes où il a été édicté par le chef de l'État. Le Conseil d'État se ferait présenter l'acte ou une copie et reconnaîtrait le droit de l'officier.

CHAPITRE II

PERTE DU GRADE

L'article 1^{er} de la loi du 19 mai 1834 énumère les causes de pertes du grade.

La première de ces causes, la démission, a sa source dans la renonciation volontaire de l'officier à son grade ; dans tous les autres cas, la perte du grade est une déchéance infligée à l'officier à la suite d'une faute et cette déchéance s'appuie toujours sur un jugement. La loi n'a pas voulu laisser la moindre place à l'arbitraire.

Depuis la loi de 1834, le Code de justice militaire du 9 juin 1857 est intervenu, ainsi que plusieurs lois sur le recrutement qui ont modifié les causes d'exclusion de l'armée ; nous aurons à examiner quelle en est la répercussion sur les causes de perte du grade.

L'officier qui a perdu son grade ne peut plus en porter les insignes, ni en prendre le titre sans s'exposer à une répression judiciaire à moins de l'accompagner d'un qualificatif faisant connaître sa position réelle au point de vue militaire (Circul. du 9 décembre 1873).

La perte du grade n'intéresse pas seulement l'officier

en activité ou en non-activité ; elle peut atteindre aussi l'officier en réforme ou en retraite. Les officiers, dans ces deux situations, restent sujets à cette déchéance pour celles des causes qui sont conciliables avec la position dans laquelle ils se trouvent ; tel est le cas, notamment, de celles qui sont prévues par les 2^o, 3^o, 4^o et 5^o.

Mais il importe de remarquer que la perte du grade n'entraîne pas nécessairement celle du droit à pension que l'officier peut avoir acquis : tantôt une condamnation emportera la déchéance de ce droit, tantôt elle n'entraînera qu'une suspension de la jouissance, parfois même une condamnation sera indifférente.

La déchéance du grade est donc une mesure d'une extrême gravité qui ne résulte que de certaines causes limitativement déterminées. En dehors de ces conditions, le retrait du grade est entaché d'illégalité et pourrait être attaqué par la voie contentieuse du recours pour excès de pouvoir. Dans diverses circonstances des officiers ont été, cependant, privés de leur grade ; mais, si ces décisions furent possibles, c'est que le Gouvernement put s'appuyer sur ce que la loi de 1834 ne s'appliquait pas aux officiers en cause ou qu'une disposition législative expresse avait permis d'y déroger.

Les cas exceptionnels auxquels nous faisons allusion sont la radiation des cadres de l'armée du prince Napoléon en 1872, puis, en 1886, du duc d'Aumale, du duc de

Chartres et du prince Murat. Aucune faute n'était reprochée à ces officiers ; la mesure n'était prise à leur égard qu'en raison de leur personnalité. Ils déférèrent au Conseil d'État la décision qui les frappait.

Le prince Napoléon, pourvu successivement du titre, puis du grade de général de division, reconnaissait qu'il n'avait pas obtenu son grade dans les conditions de la loi de 1832, mais il prétendait que ce grade lui avait été conféré légalement en vertu des pouvoirs exceptionnels que le souverain tenait de la constitution pour régler la position des membres de sa famille. Le Conseil d'État déclara que sa nomination était illégale parce que la constitution avait permis d'attribuer des titres révocables et non des grades, et que l'article 1^{er} de la loi de 1834 ne s'appliquait qu'aux grades conférés conformément à la loi de 1832 (1), — que d'ailleurs la mesure avait eu pour effet non pas de lui retirer un grade, mais de constater qu'il n'en était pas titulaire.

La situation des princes d'Orléans et du prince Murat était différente ; leurs grades étaient bien protégés par la loi de 1834. Toute la discussion portait sur l'interprétation et l'application de la loi d'exception interdisant aux membres des familles ayant régné en France d'entrer

(1) Cette rédaction ne doit pas être prise à la lettre : à défaut de disposition formelle en excluant le bénéfice, la loi de 1834 s'applique à tout titulaire d'un grade du moment où ce grade lui a été conféré régulièrement, que ce soit en vertu des lois organiques ou de dispositions d'exception.

dans les armées de terre et de mer ou d'exercer aucune fonction publique (Art. 4, L. 22 juin 1886) : à ce titre, elle n'a pas à être examinée dans cette étude. Nous devons toutefois en tirer cet enseignement que, dans notre constitution, les garanties d'un statut, même légal, sont toujours fragiles en ce qu'elles ne résistent pas à la volonté contraire du législateur. Nous avons vu plus haut que le bénéfice de la loi de 1834 ne constitue pas un droit opposable pour l'avenir, le législateur, ou plus généralement l'autorité compétente, restant maître de modifier le statut concédé ou d'en retirer les avantages à un corps, même aux membres de ce corps présentement en fonctions. Allant plus loin, nous pouvons dire que, sans retirer à un corps le bénéfice d'une loi, le législateur peut en suspendre les garanties par mesure individuelle, de même qu'inversement il pourrait dispenser un individu des conditions légales exigées pour obtenir un grade.

Nous examinerons successivement chaque cause de perte du grade ; nous rechercherons ensuite si la déchéance résultant d'une condamnation est irrévocable et quels effets produisent la grâce, la réhabilitation, l'amnistie et la révision.

1° Démission acceptée par le chef de l'État.

La démission est un acte volontaire (1). Elle doit être offerte par l'officier, mais pour qu'elle produise son effet, il faut qu'elle ait été acceptée par le chef de l'État. L'officier est dans un état de sujétion dont il ne peut sortir à son gré, et le refus par le ministre de présenter à l'acceptation du chef de l'État une démission offerte n'est susceptible d'aucun recours par la voie contentieuse.

La nécessité de l'acceptation fut combattu à la Chambre des Pairs par le maréchal de Grouchy : « En donnant sa démission », déclarait-il « l'officier ne demande rien à « l'État que la faculté de rentrer dans la vie civile. Le « Gouvernement ne peut avoir la faculté de la lui refuser « quand il a rempli le temps que chaque citoyen doit à la

(1) La démission d'un officier est toujours volontaire ; la démission d'office qui existe pour certains fonctionnaires civils comme sanction d'incompatibilités ou à titre de mesure disciplinaire ne s'applique pas aux officiers.

Elle a été cependant prévue, à certaines époques, par des textes législatifs ou des décrets pris dans des périodes dictatoriales. A la suite des événements de 1851, notamment, des officiers furent déclarés démissionnaires d'office, soit pour motifs individuels, soit, plus généralement, pour refus de prêter serment au Gouvernement.

Des décrets des 12 septembre et 14 novembre 1870 réintégrèrent les officiers ainsi frappés dans leurs droits et titres, et même permirent de leur accorder le grade supérieur avec une ancienneté remontant au 2 décembre 1851.

« défense de la patrie ; au delà aucun devoir ne le lie, il
« ne saurait être privé de l'exercice d'un droit positif,
« imprescriptible, et dernier refuge contre des vexations
« ou des injustices imméritées ».

Le comte de Cessac opposa très justement à ces arguments les nécessités de la discipline : on ne saurait admettre qu'en donnant sa démission, un officier puisse échapper à une punition infligée, ou même imminente, ou bien se soustraire à un service ordonné qui ne serait pas de son goût, indépendamment des dangers qui pourraient résulter pour l'armée de démissions données en masse ; mais il admettait le droit absolu de l'officier de se retirer du service pour des motifs d'intérêt purement personnel. La distinction était trop délicate pour être posée comme principe dans un texte de loi.

Il ne parut pas possible davantage d'établir un délai à l'expiration duquel la démission serait considérée comme acceptée (1).

L'amendement du maréchal de Grouchy, tendant à supprimer les mots « acceptée par le roi », fut rejeté et la question des droits respectifs des officiers et du Gouvernement fut réservée pour être examinée lors de la discussion du

(1) La loi du 17 juillet 1900 sur le silence de l'administration, aboutit à un résultat analogue mais en sens inverse : si le ministre ne répond pas dans les quatre mois, l'intéressé peut considérer sa demande comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'État. Mais il n'aura vraisemblablement aucune chance de succès, car, dans ces conditions, il n'existera pas de trace d'un détournement de pouvoirs.

Code de justice militaire alors en projet ; quand la discussion vint, on n'y pensa plus.

Deux conclusions se dégagent des conditions dans lesquelles fut voté le paragraphe relatif à la démission : le rôle de l'acceptation et la limite des pouvoirs du ministre. L'acceptation par le chef de l'État n'est pas une simple « mesure d'ordre » comme le disait le rapporteur à la Chambre des Pairs ; c'est la condition même de la rupture du lien. Il faut le concours des deux volontés ; jusque-là l'officier reste tenu de tous ses devoirs militaires. Le Gouvernement jouit à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire, mais l'intention du législateur est qu'il n'use de son droit de refus que dans l'intérêt du service et les nécessités de la discipline.

Le Conseil d'État donne à ses arrêts une rédaction qui rappelle très justement ce double caractère : « *Considérant qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'a limité les pouvoirs du Gouvernement en ce qui concerne l'acceptation de la démission....., qu'il suit de là que le refus par le ministre, agissant dans la sphère des attributions qui lui appartiennent, sous sa responsabilité, en vue des nécessités du service, d'accepter la démission..... ne constitue pas un acte de nature à être attaqué devant le Conseil d'État par la voie contentieuse* » (23 mars 1872, Pichon ; 27 janvier 1888, Germaix ; 20 février 1891, Dève).

Un officier ne pourrait donc opposer qu'il est arrivé au terme d'un engagement volontaire qu'il aurait contracté

ou de l'engagement spécial auquel les officiers sortant de certaines écoles sont astreints pour être dispensés des conditions ordinaires du service militaire. L'acceptation de la démission n'est pas, du reste, une règle particulière aux officiers des corps combattants ; elle s'applique à tous les fonctionnaires soumis au régime de la loi de 1834.

Mais le ministre ne doit pas perdre de vue cette réserve que le Conseil d'État insère toujours : « agissant dans la sphère de ses attributions en vue des nécessités de service..... ». Une décision qui méconnaîtrait cette limite de son pouvoir discrétionnaire pourrait motiver un recours pour détournement de pouvoir. Le Conseil d'État n'apprécierait pas les motifs de la décision déférée, mais il se ferait juge de la conformité de ces motifs au but dans lequel le pouvoir de refus a été conféré à l'administration.

Les cas d'application de ce recours seront toujours rares puisque le juge ne cherche pas ses motifs d'annulation en dehors du dossier qui lui est soumis, mais, remarquons-le incidemment, le Conseil d'État se montre de plus en plus large à cet égard ; il n'est pas nécessaire que l'incorrection résulte de la décision même, il suffit qu'elle apparaisse dans une pièce quelconque du dossier, correspondance ayant précédé ou suivi, instructions données, explications fournies par le ministre.....

En cas d'offres de démission réitérées, les décisions successives de refus ne doivent pas être considérées comme confirmatives de la première ; chacune d'elles fait courir le

délai dans lequel elle peut être attaquée, tout au moins quand la demande alléguait des faits nouveaux (27 janvier 1888, Germaix).

L'officier démissionnaire perd son grade à la différence de l'officier rendu à la vie civile par suite d'admission à la retraite. Cet effet de la démission fut critiqué par le général Demarçay qui, ne voyant dans le grade qu'un titre honorifique, opposait que l'officier en démissionnant ne devrait perdre que son emploi ; il n'en résulte pas moins des termes formels de l'article 1^{er} de la loi.

L'officier démissionnaire reste soumis aux obligations de la loi sur le recrutement. S'il n'a pas accompli le temps de service actif obligatoire ou s'il n'est pas parvenu au terme de l'engagement qu'il avait contracté, il est tenu de le parfaire. Lorsqu'il est libéré de tout service dans l'armée active, il peut être nommé officier de réserve ou de l'armée territoriale, mais il n'a aucun droit à l'obtention du grade dont il était titulaire en activité ; sa condition diffère donc de celle de l'officier en retraite qui, s'il est rappelé, ne peut être pourvu d'un grade inférieur à celui dont il était titulaire en activité et qu'il conserve dans la position de retraite. Cette distinction a été très nettement établie par le Conseil d'État dans un avis adopté par décision du ministre de la Guerre du 7 février 1876.

L'officier démissionnaire, à la différence de l'officier en retraite, pourrait obtenir d'être replacé dans le cadre d'activité avec le grade dont il était titulaire. Cette faculté

semble avoir été reconnue au Gouvernement à l'occasion du vote de l'article 23 de la loi du 14 avril 1832, d'après lequel nul officier admis à la retraite ne peut être replacé dans les cadres de l'armée. Afin de donner aux officiers démissionnaires un délai pour revenir sur leur décision, un amendement avait été proposé en vue d'étendre les dispositions de l'article 23 à ceux d'entre eux qui n'auraient pas été réintégrés dans leur grade dans l'année de leur démission ; on disait que le ministre n'avait pas plus le droit « de faire rentrer un officier démissionnaire que de prendre un citoyen pour en faire un officier ». Le ministre fit rejeter cet amendement qu'il trouvait trop rigoureux et déclara « qu'il fallait laisser au Gouvernement la faculté de rendre leur état aux jeunes officiers démissionnaires dans un mouvement d'humeur ».

L'officier réintégré ne saurait, bien entendu, se prévaloir de l'ancienneté qu'il avait dans son grade au moment de sa démission ; il prendrait rang du jour de sa réintégration.

*2° Perte de la qualité de Français prononcé par
jugement.*

La deuxième cause de perte du grade, est la perte de la qualité de Français ; c'est la conséquence du principe général que nous avons énoncé plus haut qu'il faut être de nationalité française pour exercer toute fonction publique.

La loi sur le recrutement exige, du reste, d'une manière explicite, cette qualité pour servir dans l'armée française.

La qualité de Français se perd pour l'une des causes énumérées à l'article 17 du Code civil, ainsi que par la séparation de territoire lorsque l'intéressé n'opte pas pour sa nationalité.

Pour entraîner la perte du grade, la perte de la qualité de Français doit avoir été prononcé par un jugement. Cette condition, qui ne fut ajoutée qu'au moment où la loi allait être votée, fut l'objet de vives critiques à la Chambre des Députés. On fit observer à juste titre que la perte de la nationalité se constate incidemment dans une affaire et qu'il n'est pas d'usage de faire des procès *ad hoc*, — qu'un tribunal ne condamne pas à ne pas être Français, — que, d'autre part, le texte devrait déterminer la procédure à suivre : qui serait demandeur au procès ? Serait-ce le ministre de la Guerre, puisque le ministère public ne l'est qu'à titre exceptionnel ? Quel tribunal serait compétent ? on parlait même de réserver ces instances aux tribunaux militaires.

Le commissaire du roi fit valoir que la disposition avait pour but de protéger l'officier, d'empêcher le ministre de la Guerre de prononcer seul sur une question de cette importance. Cette réponse justifiait effectivement l'intention de la modification apportée, mais laissait subsister tous les embarras de l'exécution.

L'ordonnance du 30 août 1837, rendue en Conseil d'État,

détermina dans quelle forme l'autorité judiciaire serait appelée à rendre les décisions prévues par la loi. La compétence appartient aux tribunaux civils, ce qui est conforme au principe que les juridictions militaires sont incompétentes pour statuer sur les questions de nationalité. La poursuite est exercée sur la demande du ministre de la Guerre ou de la Marine par l'intermédiaire du garde des Sceaux ; les instances sont intentées et suivies à la requête des procureurs près les tribunaux, dans la forme ordinaire des instances poursuivies d'office par le ministère public (Application de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810).

La perte du grade est définitive. La réintégration dans la qualité de Français (art. 18 C. civ.) n'opère pas rétroactivement et ne rendrait pas à l'officier le grade qu'il a perdu. Cette solution est identique à celles que nous avons rencontrées à propos des officiers étrangers ou indigènes naturalisés ; la réintégration, comme la naturalisation, ne produit que des effets civils et politiques, et l'individu qui acquiert sa qualité de Français ne peut s'en prévaloir que pour les droits ouverts à son profit depuis cette époque (Art. 20, C. civ.).

3° *Condamnation à une peine afflictive ou infamante.*

Une condamnation à une peine afflictive ou infamante entraîne l'exclusion de l'armée et l'incapacité d'y servir à

quelque titre que ce soit. La perte du grade est une conséquence légale de la condamnation ; elle n'a pas besoin d'être prononcée par le juge.

Quand la condamnation est contradictoire, elle produit cet effet dès le jour où elle est irrévocable. Aucun doute ne s'élève lorsque la condamnation émane d'un tribunal ordinaire ; elle entraîne *immédiatement* la dégradation civique (art. 28, C. pénal, modifié en 1832) et, par suite, la perte du grade.

La même solution tend à prévaloir lorsque la condamnation émane d'une juridiction militaire. Elle est cependant toujours critiquée par les auteurs qui la déclarent contraire aux dispositions de l'article 200 du Code de justice militaire sur le point de départ des peines prononcées par ces tribunaux ; mais, depuis l'arrêt du 31 mars 1882 (Guichard), la jurisprudence semble définitivement fixée. L'intérêt de la question réside en ce qu'une commutation pourrait conserver le grade si la condamnation ne produisait son effet qu'à partir de l'*exécution* du jugement ; nous reviendrons sur ce point en examinant les effets de la grâce.

Une plus grande incertitude règne sur le point de savoir si la perte du grade résulte immédiatement de la condamnation lorsque le jugement a été rendu par contumace. D'après certains auteurs (1), les condamnations par contumace produisent immédiatement les déchéances telles que la dégradation civique, sous condition résolutoire de

(1) Garraud : *Précis de droit criminel*, p. 878.

la comparution de l'accusé dans le délai de prescription ; si le contumax meurt, la condamnation devient irrévocable. La jurisprudence de la Cour de cassation est en sens contraire, et, en ce qui concerne spécialement le grade, certains auteurs (4) considèrent que le jugement ne suffit pas tant qu'il n'est pas définitif. Le Conseil d'État a suivi la première de ces opinions dans une matière voisine de la nôtre, en considérant un condamné par contumace comme exclu immédiatement de l'armée, contrairement aux conclusions du ministre de la Guerre (16 décembre 1884, Launay).

En pratique cette discussion n'offre aucun intérêt parce que l'absence illégale de plus de trois mois entraîne la destitution que l'on commence d'abord par prononcer, la règle du non-cumul des peines s'opposant à ce qu'elle le fut plus tard après une condamnation criminelle. Les instructions ministérielles prescrivent de suivre deux procédures séparées lorsqu'un officier prévenu d'un crime est absent illégalement : la première, relative au fait d'absence, entraînera une condamnation par défaut à la destitution ; ce jugement pourra recevoir son exécution s'il n'est pas frappé d'opposition dans les délais légaux (cinq jours après la signification à l'accusé ou à son domicile : article 179 du Code de justice militaire). Une deuxième poursuite sera alors exercée pour le fait criminel

(4) Répertoire Bequet : Armée, n° 548 ; Dalloz : Organism. milit., n° 466.

et pourra aboutir à une condamnation par contumace à une peine afflictive ou infamante (Ins. Guerre du 21 mars 1906).

4° Condamnation à une peine correctionnelle, pour délits prévus par la section 1^{re} et les articles 402, 403, 405, 406 et 407 du chapitre II du titre II du livre III du Code pénal.

Les articles prévus par le 4^o de l'article 1^{er} de la loi de 1834 punissent des délits contre la propriété (vol, escroquerie, abus de confiance, chantage.....).

Cette cause de perte du grade ne figurait pas au projet déposé par le Gouvernement qui, sauf le cas de destitution prononcée par un Conseil de guerre (1), prévoyait comme seules causes de perte du grade celles de suspension du droit à pension inscrites dans la loi du 11 avril 1831 (art. 26). Elle fut ajoutée à la Chambre des Députés sur la remarque qu'il existe, en dehors des infractions criminelles, des faits tellement indignes d'un officier qu'il ne peut conserver son rang, la peine fut-elle très légère. Les conditions de conservation du grade sont donc plus dures que celles du droit à pension; aussi ne faut-il pas confondre cette cause de perte du grade avec la destitution. Un officier ne peut être con-

(1) Avant le Code de justice de 1837, la destitution n'emportait pas la déchéance du droit à pension.

damné à la destitution par un Conseil de guerre, en même temps qu'à l'emprisonnement, pour un des délits contre la propriété dont il s'agit ici ; il n'encourt que la perte du grade (Cass., 11 mars 1881). Mais, de ce qu'il a perdu son grade, il résulte qu'il ne peut réclamer une pension de réforme en raison de ses services antérieurs, en opposant que sa condamnation ne le priverait pas d'une pension de retraite s'il avait le temps de service exigé ; pour avoir droit à une pension de réforme, il faut être dans cette position (Borelly, 23 février 1883).

La disposition du 4^o de l'article 1^{er} de la loi de 1834 doit être rapprochée du texte du Code de justice militaire relatif à la même matière.

Aux termes de l'article 201 de ce Code, « *toute condamnation prononcée contre un officier, par quelque tribunal que ce soit, pour l'un des délits prévus par les articles 401, 402, 403, 405, 406, 407 et 408 du Code pénal entraîne la perte du grade* ».

Cet article ne cite donc plus toute la première section du chapitre II (art. 379 à 401), mais seulement le dernier de ces articles ; par contre, il ajoute l'article 408 (abus de confiance par détournement d'objets confiés en dépôt) qui avait été écarté intentionnellement en 1834 parce qu'il contient des peines très différentes variant de la réclusion à un mois d'emprisonnement.

On s'est demandé si les deux textes devaient être cumulés ou si le plus récent abrogeait l'autre.

La suppression des articles 379 à 400 n'a pas été motivée lors de la discussion du Code de justice ; on doit supposer que ce n'est qu'une omission parce qu'il n'y a pas de raisons de maintenir l'article 401 plus que ceux qui précèdent (1). Quant aux condamnations prononcées en vertu de l'article 408, il semble difficile de nier qu'elles entraînent la perte du grade. Le Conseil d'État a cependant admis la doctrine contraire dans un avis du 19 juillet 1892 en se basant sur ce que la loi de 1834 énumère les seules causes de perte du grade, mais sans faire allusion au texte du Code de justice (2).

La perte du grade est une peine accessoire encourue de plein droit, que ce soit un tribunal civil ou militaire qui ait prononcé la condamnation (21 avril 1853, Rigollot; depuis cet arrêt, l'article 201 l'a précisé), — et quelle que soit la gravité de la peine, même l'amende. Elle n'a pas besoin d'être prononcée par le jugement ou par une décision ultérieure du chef de l'État (24 décembre 1863, de Sercey); l'officier est rayé purement et simplement des contrôles sur le vu du jugement.

(1) Certains auteurs considèrent cependant qu'on ne peut suppléer au silence du Code de justice et qu'une condamnation à l'emprisonnement *seul* en vertu de ces articles n'entraîne plus la perte du grade. (Béquet : Armée, n° 516).

(2) Wilhem : *Commentaires du Code de justice*, n° 1149.

5° *Condamnation à une peine correctionnelle d'emprisonnement, et qui, en outre, a placé le condamné sous la surveillance de la haute police et l'a interdit des droits civiques, civils et de famille.*

Cette cause de perte du grade ne figurait pas, non plus, dans le projet du Gouvernement. Le rapporteur à la Chambre des Pairs fit remarquer qu'il était nécessaire de mettre les causes de perte du grade en concordance avec celles d'exclusion de l'armée qui figurent dans la loi sur le recrutement.

L'article 2 de la loi du 21 mars 1832 venait de prévoir comme cause d'exclusion une condamnation à deux années d'emprisonnement avec surveillance de la haute police et interdiction des droits civiques, civils et de famille. La Chambre des Pairs, dépassant la pensée de son rapporteur, estima que les conditions d'honorabilité exigées des officiers devaient être moins rudimentaires que les motifs d'exclusion de l'armée, et que l'officier devait perdre son grade du seul fait d'une condamnation réunissant les trois éléments prévus, quelle que fut la durée de l'emprisonnement.

Il faut que la peine prononcée cumule les trois éléments : une condamnation à l'emprisonnement, la peine complémentaire d'interdiction de séjour qui a remplacé la surveillance de la haute police, et l'interdiction des droits civiques civils et de famille.

La perte du grade résultera de plein droit de la condamnation du jour où elle sera devenue irrévocable.

On s'est demandé si cette cause de perte du grade était toujours en vigueur, l'article 275 du Code de justice militaire du 9 juin 1857 ayant abrogé toutes les dispositions législatives ou réglementaires relatives *à la pénalité en matière de crimes et de délits militaires*, et aucun article de ce Code ne reproduisant les dispositions qui font l'objet du 5^o de l'article 1^{er} de la loi de 1834.

L'affirmative ne fait pas de doute : le domaine de cette abrogation est tout à fait restreint puisqu'il ne s'agit que de délits militaires ; en outre le Code de justice ne statue, dans cet article, que sur les effets des peines prononcées par les tribunaux militaires ; il n'avait pas à prévoir, et n'a pas prévu, les conséquences d'une peine, telle que la surveillance de la haute police, à laquelle les tribunaux militaires ne condamnent pas.

6^o *Destitution prononcée par un Conseil de guerre.*

La destitution est une peine correctionnelle, tantôt principale, tantôt complémentaire, applicable seulement aux officiers. Elle est encourue pour des délits punis par le Code de justice militaire, pour les deux fautes prévues par le dernier paragraphe de l'article 1^{er} de la loi de 1834, et enfin en cas de mariage contracté sans autorisation.

La destitution entraîne la privation du grade (art. 192, Code de justice militaire) ; l'officier destitué ne peut plus obtenir de pension à raison de ses services antérieurs, mais, à la différence du militaire dégradé, il demeure non seulement capable, mais obligé de servir dans l'armée pour accomplir le temps de service prescrit dans les diverses catégories.

Pourra-t-il toutefois reconquérir un grade d'officier ? D'après certains auteurs (1), la peine serait perpétuelle ; l'officier destitué ne pourrait plus servir comme officier à moins d'avoir été l'objet d'une grâce. L'opinion contraire semble préférable, car, en matière de pénalité, tout est de droit étroit. La destitution est une peine dont l'effet est instantané ; elle s'exécute par le fait matériel de la radiation des matricules et n'entraîne aucune incapacité pour l'avenir ; d'ailleurs, si la destitution entraînait l'incapacité de servir ultérieurement comme officier, la grâce ne suffirait pas pour en relever, car la réhabilitation seule peut faire disparaître les incapacités attachées à une condamnation (2).

Les deux cas de destitution prévus par l'article 1^{er} de la loi de 1834 appellent quelques développements.

Le projet de loi envoyé à la Chambre des Pairs prévoyait, après la destitution, et comme *causes distinctes*,

(1) Rép. Béquet : Armée. Cette opinion peut s'appuyer sur des déclarations qui ont été faites pendant la discussion du Code de justice.

(2) Wilhem : *loc. cit.*, n° 1141.

« la résidence hors du royaume et sans autorisation et l'absence illégale du corps pendant six mois », la dernière de ces causes ayant été ajoutée pendant la discussion à la Chambre des Députés.

Telle qu'elle était présentée, cette disposition était inacceptable : aucun délai n'était fixé pour la résidence hors du royaume ; le texte ne précisait pas dans quelles positions l'officier était exposé à perdre son grade faute de s'y conformer. Le rapporteur à la Chambre des Pairs en demanda la suppression. Il alléguait que ces manquements étaient déjà sanctionnés par les lois pénales militaires et que, du reste, la disposition prévue ne suffirait pas pour saisir les tribunaux militaires et obtenir un jugement ; le fait ne pourrait donc être constaté et puni qu'administrativement, ce que personne ne voulait plus admettre ; il n'y avait qu'à commuer la peine prévue par le Code, si c'était sa gravité qui empêchait de l'appliquer.

L'accord se fit sur la remarque que la loi pouvait prévoir ici un *nouveau délit*, — en fixer la peine, la destitution, qui ne serait prononcée que par un jugement régulier, — et préciser à quelles positions de l'officier il s'applique. De là, la rédaction actuelle du dernier paragraphe de l'article 1^{er}, paragraphe qui se rattache à la sixième cause de perte du grade : « *Indépendamment des cas prévus par les autres lois en vigueur, la destitution sera prononcée pour les causes ci-après déterminées : 1^o à l'égard de l'officier en activité, pour l'absence illégale de son corps, après trois mois ; 2^o à l'égard de l'of-*

ficier en activité, en disponibilité ou en non-activité, pour résidence hors du royaume sans l'autorisation du roi, après quinze jours d'absence. »

L'opinion a été cependant émise que la simple constatation matérielle des faits sans jugement suffit, que la destitution est, dans ces deux cas, prononcée par le chef de l'État et qu'elle n'entraîne pas par suite les conséquences légales du deuxième paragraphe de l'article 192 du Code de justice (1). C'est une erreur certaine ; la discussion de la loi ne laisse aucun doute à cet égard.

Le Code de justice militaire n'a pas abrogé ces dispositions. L'article 233, relatif à la répression de l'absence illégale, réserve l'application de l'article 1^{er} de la loi de 1834 quand il y a lieu, c'est-à-dire après trois mois d'absence. Quant à la résidence hors du territoire national sans autorisation, elle constitue, d'après l'article 235, la désertion à l'étranger trois jours après celui de l'absence constatée (un jour en temps de guerre). Cette disposition intéresse les officiers en activité et en disponibilité ; pour les officiers en non-activité, la destitution n'est applicable que dans les conditions du dernier alinéa de l'article 1^{er} de la loi de 1834, c'est-à-dire après quinze jours d'absence (2).

Enfin nous avons dit que l'officier, en activité ou en non-

(1) Rép. Bequet : Armée ; Fournier et Neveu, *Traité d'administration de la marine*.

(2) Bequet : Armée, n° 363.

activité, qui contracte mariage sans autorisation de l'autorité militaire, encourt la destitution.

Cette obligation est écrite, avec la sanction qui y est attachée, dans un décret du 16 juin 1808 ayant force de loi.

La loi de 1834 ayant supprimé les destitutions administratives, on se demanda si cette sanction existait toujours et comment elle pouvait être appliquée ; le Conseil d'Etat émit l'avis que le décret avait encore force de loi et que le ministre devait traduire l'officier devant un conseil de guerre s'il estimait qu'il y avait lieu de prononcer la destitution, mais qu'il n'y était pas contraint et pouvait disposer seulement de l'emploi ou user d'indulgence (Avis du 16 mars 1836 adopté par décision du 29 avril suivant).

Depuis le vote du Code de justice, la question se pose à nouveau de savoir si la destitution pourrait être prononcée par un tribunal militaire, le Code n'en prévoyant pas l'application dans cette circonstance. On objecte que l'article 273 a abrogé toutes dispositions contraires aux pénalités édictées par le Code de justice en matière de délits militaires. Le Ministère de la Guerre ne semble pas partager cette manière de voir ; les éditions du *Bulletin officiel* refondu reproduisent toujours l'avis du Conseil d'Etat de 1836, témoignant par cela même que l'application éventuelle de la destitution est considérée comme possible.

*7° Exclusion de l'armée par application de la loi
sur le recrutement.*

Les condamnations qui motivent l'exclusion de l'armée doivent nécessairement entraîner la perte de l'état d'officier. En 1834, le législateur l'avait fait remarquer et avait amendé le projet de loi en vue de mettre les causes de perte du grade en concordance avec celles d'exclusion de l'armée ; c'est ainsi que fut introduit le 5^o de l'article 1^{er}.

Il y a lieu d'examiner si cette correspondance a subsisté ou, plus exactement, si toutes les causes d'exclusions de l'armée sont bien englobées dans les hypothèses prévues par l'article 1^{er} de la loi de 1834, puisque nous avons vu que, pour la conservation du grade, le législateur a fixé des conditions d'honorabilité plus rigoureuses.

L'article 4 de la loi du 21 mars 1905 prévoit quatre causes d'exclusion. La première et la troisième ne donnent lieu à aucune observation ; la condamnation à une peine afflictive ou infamante emporte la perte du grade ; quant à la relégation, elle paraît sans application aux officiers, parce que les condamnations qui la motiveraient auront déjà entraîné la perte du grade.

Le deuxième cas d'exclusion, au contraire, n'est plus en concordance avec la cinquième cause de perte du grade. Tandis que la loi sur le recrutement du 21 mars 1832 exigeait que la condamnation à une peine correctionnelle de

deux années d'emprisonnement fût accompagnée de la surveillance de la haute police et de l'interdiction *des* droits civiques ou de famille, il suffit maintenant, pour qu'une condamnation à deux ans d'emprisonnement entraîne l'exclusion de l'armée, qu'elle soit accompagnée de l'interdiction de *tout ou partie* des droits civiques. Il n'est donc plus question d'interdiction de séjour et, d'autre part, il n'est plus nécessaire que l'interdiction des droits civiques porte sur la totalité de ces droits.

Nous devons en conclure qu'il existe une nouvelle cause de perte du grade à côté de celle qui est prévue au 5^o de l'article 1^{er} de la loi de 1834 et qui subsiste toujours telle qu'elle est fixée par cette loi. Un officier sera exclu de l'armée et, par suite, perdra son grade lorsqu'il aura été condamné à l'emprisonnement avec interdiction même partielle de ses droits civiques et même sans interdiction de séjour, mais il faudra alors que la durée de l'emprisonnement soit de deux années au moins.

Enfin la loi du 21 mars 1905 a complété les causes d'exclusion de l'armée. Les condamnations que nous avons envisagées jusqu'à présent n'entraînaient la perte du grade ou l'exclusion de l'armée que si elles avaient été prononcées par un tribunal français. Un avis du Conseil d'État du 31 mars 1903 avait affirmé que le principe de la souveraineté nationale fait obstacle à ce qu'un jugement prononcé par un tribunal étranger produise en France aucun effet direct ou indirect.

La loi du 21 mars 1905 a prévu l'exclusion de l'armée

d'un individu condamné à l'étranger pour un crime ou délit puni par la loi pénale française d'une peine afflictive ou infamante ou de deux années d'emprisonnement au moins; mais la loi laisse au ministre une certaine liberté d'appréciation pour permettre de ne pas accepter sans examen des arrêts rendus par des tribunaux étrangers; elle exige que la régularité et la légalité de la condamnation soient constatées par le tribunal correctionnel du domicile de l'intéressé. Il pourra donc se présenter, de ce chef, une nouvelle cause de perte de grade.

Grâce.

La remise totale ou la commutation de peine laisse subsister la condamnation et ne peut dispenser que son exécution, c'est-à-dire des peines qui doivent être exécutées pour produire leur effet. Le droit de grâce ne s'étend donc pas aux incapacités prononcées par le juge ou attachée par la loi à certaines condamnations; ces déchéances sont définitives dès qu'elles ont été encourues.

L'application de ces principes ne présente aucune difficulté dans le cas de condamnations aux peines correctionnelles ou à la destitution dans les conditions des 4^o, 5^o et 6^o de l'article 1^{er} de la loi de 1834 : le grade est perdu immédiatement dès que la condamnation est irrévocable; une remise ou commutation de peine serait impuissante à le conserver.

Lorsqu'il s'agit d'une condamnation à une peine afflic-

tive ou infamante, il est nécessaire de distinguer si la condamnation émane d'un tribunal ordinaire ou militaire. Dans le premier cas, elle entraîne la dégradation civique, et la perte du grade qui en est la conséquence, dès qu'elle est irrévocable, avant donc qu'une mesure de clémence ait pu intervenir.

L'effet d'une commutation de peine sur les incapacités accessoires donne lieu au contraire à discussion quand la condamnation émane d'une juridiction militaire. Toute condamnation à une peine criminelle emporte la dégradation militaire sauf le cas de peine de mort prononcée pour les quelques délits militaires n'entachant pas l'honneur. Une commutation de peine ne peut, bien entendu, faire évanouir les incapacités après l'exécution du jugement ; mais cette absence d'efficacité n'est pas aussi certaine lorsque la dégradation militaire doit avoir lieu et qu'il n'y a pas encore été procédé. La question se rattache à celle de savoir si les déchéances de la dégradation militaire sont encourues dès que la condamnation est passée en force de chose jugée ou seulement du jour de la parade.

Il fut jugé pendant longtemps, contrairement même, parfois, aux conclusions du ministre de la Guerre, qu'un officier ne perdait pas son grade si la peine était commuée avant la mise en exécution de la dégradation militaire. (Conseil d'État : Raynal, 6 avril 1832, et Chaspoul, 27 juin 1867 ; cassation, 13 novembre 1832). On considérerait alors que ce n'était ni le fait criminel, ni la condamnation qui entraînait la dégradation, que

c'était la peine principale qui emportait cette peine accessoire.

Cette jurisprudence était très logique avant 1832, puisque jusqu'alors, la dégradation civique n'étant pas encourue avant l'exécution du jugement, il y avait harmonie entre les législations civile et militaire ; depuis 1832 elle devenait spéciale aux condamnations militaires. Elle fut abandonnée en 1882 (Arrêt Guichard, 31 mars).

Un capitaine condamné à cinq ans de travaux forcés avec dégradation militaire avait vu sa peine commuée en cinq années d'emprisonnement avec destitution ; il opposait qu'il n'avait pas perdu son grade et que, la peine d'emprisonnement n'emportant pas la destitution, cette dernière peine ne pouvait être prononcée contre lui accessoirement par décret. Le Conseil d'État déclara que les déchéances de la dégradation militaire avaient été encourues d'une façon irrévocable du seul fait que le jugement était définitif.

Le garde des Sceaux a confirmé cette doctrine dans plusieurs circonstances en s'appuyant sur l'article 28 du code pénal tel qu'il a été modifié en 1832. On peut donc considérer la nouvelle jurisprudence comme bien établie, mais elle est toujours vivement critiquée par des auteurs qui font remarquer que le Code de justice lie le point de départ de la peine principale à l'exécution de la dégradation militaire et les effets de celle-ci à son exécution matérielle, que c'est seulement, quand la dégradation militaire

est prononcée comme peine principale qu'elle court du jour où la condamnation est irrévocable (1).

Dans les cas où la peine de mort prononcée pour certains délits militaires n'entraîne pas la dégradation militaire, on admettait de même qu'aucune déchéance n'était encourue si la peine était commuée ; c'est ainsi que des officiers condamnés à mort, et dont la peine avait été commuée en emprisonnement, continuèrent leur carrière. Il semble que, depuis le revirement de la jurisprudence, on ne peut plus reconnaître à une remise ou commutation de peine le pouvoir de conserver le grade.

Il faut apporter aux conclusions ci-dessus, déduites de l'effet normal de la grâce, une réserve tirée du caractère irrévocable reconnu au grade par la jurisprudence. Les décisions du chef de l'État plaçant un officier en non-activité ou en réforme lui reconnaissent l'état d'officier d'une façon définitive et irrévocable ; le ministre ne pourrait plus, dans la suite, contester la position d'un officier par le motif qu'une condamnation antérieure aurait entraîné la perte de son grade, et qu'une commutation de peine n'avait pas le pouvoir de le lui conserver (Doineau, 5 mars 1875) ; l'intéressé bénéficie de l'erreur commise à son sujet.

(1) Wilhem ; *loc. cit.* n° 1137.

Réhabilitation.

La réhabilitation efface la condamnation et fait cesser pour l'avenir toutes les incapacités qui en résultaient. (Art. 634, I. cr. modif. 14 août 1885). C'est seulement dans l'avenir que la réhabilitation efface la condamnation et, par conséquent, sous réserve des effets produit dans le passé.

La réhabilitation ne saurait donc avoir pour effet de réintégrer un officier dans un grade qu'il a perdu (Louis, dit Louisy, 8 août 1888). La condamnation n'est effacée, en effet, que par une fiction qui s'évanouit toutes les fois qu'elle se heurte à un fait matériel accompli, et tel est le cas de la radiation des cadres. La réintégration est en outre impossible, comme le commissaire du Gouvernement le faisait remarquer dans l'affaire Louisy où le requérant avait été destitué, parce que la perte du grade est une partie de la condamnation elle-même, et que, pour obtenir la réhabilitation, il faut avoir subi sa peine ; cette déchéance devient, dès lors, une des conditions essentielles de la réhabilitation.

Revision.

La revision rétablit rétroactivement le condamné dans l'état où il était avant la condamnation. L'anéantissement du passé est la première réparation due au condamné, mais il se heurte à deux obstacles : le fait matériel accompli et les droits des tiers.

Vous verrons plus loin comment doit être réglée la situation d'un officier qui obtient du Conseil d'État l'annulation d'une décision irrégulière ; la situation d'un officier qui obtient la revision du jugement le condamnant semble devoir être exactement la même. Il sera rétabli dans son grade au rang d'ancienneté qu'il occupait : il n'y a pas à opposer que cette réintégration porte atteinte au droit des tiers ; car on ne peut considérer comme des droits acquis ceux qui résultent des conséquences d'une condamnation reconnue irrégulière par un arrêt de justice.

L'officier sera même promu au grade supérieur si le tour d'ancienneté y a appelé des officiers moins anciens que lui ; mais il faut pour cela qu'il ait accompli effectivement les conditions de commandement, d'embarquement... qui sont parfois exigées pour être nommé à un grade, et l'intéressé pourra se trouver, à cet égard, en présence d'un obstacle matériel si, par suite de l'éloignement du service résultant de la perte de son grade, il n'y a pas réuni ces conditions (1).

Les droits des tiers sont respectés en ce que les promotions ne sont pas remaniées et que les officiers qui ont été promus prématurément conservent le bénéfice, sinon de leur rang d'ancienneté, du moins de leur date de nomination.

(1) Voir dans le sens des conclusions ci-dessus l'exposé des motifs du projet de loi ayant pour but de nommer le capitaine Dreyfus au grade de chef d'escadron, ainsi que le rapport qui fut fait à la Chambre des Députés (Documents parlementaires, juillet 1906).

Le temps passé entre la condamnation et la revision comptera pour la retraite.

Il semble, de même, que l'officier doit recevoir les arrérages échus de sa solde. Le droit à la solde n'existe, il est vrai, qu'en raison de la position occupée par l'officier, et, ici, il y a le fait matériel que l'officier, ayant perdu son grade, s'est trouvé en dehors des positions prévues par la loi de 1834 ; mais, en matière de revision, une idée nouvelle intervient, celle de réparation du dommage causé. L'équité la plus élémentaire exige que l'officier perçoive sa solde comme s'il avait toujours servi, sans préjudice, bien entendu, de l'indemnité qu'il peut réclamer comme victime d'une erreur judiciaire, et que le tribunal qui proclamera son innocence peut lui accorder s'il estime que les arrérages de la solde ne constituent pas une réparation suffisante.

Il faut cependant remarquer que, si le rappel de la solde ne constitue pas un droit, mais seulement une réparation du préjudice causé, l'intéressé doit le faire ordonner par le tribunal qui prononce la revision ; à défaut de cette précaution, il ne pourrait plus former un recours devant le Conseil d'État si le ministre refusait de lui allouer les traitements échus. Le dommage étant causé par l'autorité judiciaire, il n'appartiendrait pas au juge du contentieux administratif d'en prescrire la réparation.

Amnistie.

L'amnistie efface la condamnation rétroactivement ainsi que tous les effets qu'elle portait en elle-même. Elle fait disparaître tout ce qui peut être détruit sans porter atteinte aux droits acquis par les tiers et ne s'arrête que devant l'impossibilité de supprimer les faits matériels qui se sont produits.

L'officier est donc réintégré dans son grade, mais la jurisprudence considère la radiation des cadres de l'armée comme un fait matériel qui ne peut être effacé : l'officier a été remplacé, ceux qui le suivaient ont acquis légitimement, par suite de son départ, un rang d'ancienneté auquel il n'est plus possible de porter atteinte.

Le temps écoulé entre le jour de la condamnation et la date de l'amnistie ne peut entrer en compte pour le droit à pension, puisqu'il ne répond à aucun service effectif ; de même, aucun rappel de solde ne peut être réclamé parce que la solde n'est due qu'en raison de la position occupée par l'officier et que, précisément, l'officier condamné n'a été investi d'aucune des positions définies par les articles 2 à 14 de la loi de 1834 (Brissy, 13 mai 1881) (1). Le Con-

(1) Le requérant prétendait que l'absence d'emploi jointe à la réintégration dans le grade le plaçait virtuellement dans les conditions de l'officier en non-activité ; cette conception était inadmissible, les causes de la non-activité étant définies par l'article 5 de la loi de 1834.

seil d'État s'est prononcé plusieurs fois en ce sens à la suite de la loi du 3 août 1879 accordant l'amnistie aux condamnés pour faits relatifs aux insurrections de 1871.

Il reste enfin à déterminer à quel rang l'officier doit être replacé dans son grade. Il n'est pas douteux que le temps allant de la condamnation à l'amnistie ne doit pas être compté pour l'ancienneté ; mais on peut se demander si l'officier doit être réintégré avec le temps de grade qu'il comptait au moment de sa condamnation, ou s'il doit prendre rang à la fin de la liste d'ancienneté, au jour de sa réintégration. C'est cette dernière solution qui a été admise à la suite de la loi du 3 mars 1879 ; elle respecte plus complètement les situations des tiers, mais elle ne semble pas s'imposer.

Les solutions que nous rencontrons en cas d'amnistie s'écartent donc de celles que nous avons données en matière de revision ; cette différence provient de ce que la déchéance subie était régulière dans une des hypothèses, irrégulière dans l'autre. L'amnistie n'opère qu'en vertu d'une fiction de la loi ; il est donc logique que, dans ce cas, on oppose à l'intéressé le fait accompli en sa personne et les droits que les tiers en ont légitimement retirés.

L'amnistie ne fait pas obstacle à l'exercice des pouvoirs disciplinaires dont dispose le ministre ; l'officier, après sa réintégration, pourrait être placé en non-activité ou en réforme pour les faits qui avaient entraîné sa condamnation (Menuet, 11 juillet 1884).

TITRE III

L'ANCIENNETÉ ET LE RANG D'ANCIENNETÉ

CHAPITRE PREMIER

CARACTÈRES GÉNÉRAUX

Une nomination ou une promotion produit son effet à compter d'une date déterminée ; ce point de départ des effets de la collation du grade constitue l'*ancienneté* de grade de l'officier. L'ancienneté détermine le *rang* que les officiers d'un même grade prennent entre eux. Cette opposition entre l'ancienneté, élément absolu eu égard à une personne déterminée, et le rang, c'est-à-dire les effets externes qu'elle produit, importe pour suivre le développement de la jurisprudence et en saisir complètement la portée.

Que l'ancienneté d'un officier ne soit pas reculée arbitrairement, c'est la conséquence de l'irrévocabilité du grade, mais cette protection n'aurait pas suffi à elle seule. Envisageant l'officier non plus à l'état isolé, mais comme membre d'un corps dans lequel il a pris sa place, et considérant par suite le rôle de l'ancienneté dans les effets qu'elle produit à l'égard des autres, c'est-à-dire dans le rang auquel elle donne droit, le Conseil d'État a entouré le rang des mêmes garanties que l'ancienneté et déclaré

qu'il constitue pour l'officier un droit faisant partie de son état.

Lorsqu'un officier a été nommé à un grade, son ancienneté ne peut plus être reportée à une date ultérieure ; mais aussi, aucune décision postérieure ne peut plus faire prendre rang à un officier avant lui.

Nous allons suivre la formation de cette jurisprudence dans les différents arrêts par lesquels ces deux effets se sont successivement manifestés.

1^o Impossibilité de reporter l'ancienneté d'un officier à une date ultérieure.

C'est, nous venons de le dire, une conséquence de l'irrévocabilité du grade. L'ancienneté peut subir, il est vrai, des déductions dans des circonstances déterminées et qui ne laissent place à aucune appréciation arbitraire ; mais elle n'est alors que suspendue. Elle ne se perd qu'avec le grade.

Le Conseil d'État l'a proclamé dans un arrêt dont il est intéressant de reproduire les termes parce qu'il est demeuré fondamental en cette matière (Hounau, 6 février 1874).

*« Considérant qu'aux termes de l'article 1^{er} de la loi
« du 19 mai 1834, l'officier ne peut être privé de son
« grade que pour l'une des causes déterminées par ladite
« loi ; que le rang d'ancienneté fait partie de l'état ;.....,*

« que le requérant avait été régulièrement promu pour
 « prendre rang du....., que le décret attaqué l'a privé
 « des avantages résultant pour lui de la possession de
 « son grade depuis..... jusqu'à.....; que ce décret,
 « n'étant fondé sur aucune des causes déterminées par
 « la loi de 1834, a été rendu en violation de cette loi. »

Tel est le premier effet de l'ancienneté ; il n'avait jamais été mis en doute et il a fallu un ensemble de circonstances exceptionnelles pour qu'il fut méconnu.

2° *Impossibilité de faire prendre rang à un officier sur la liste d'ancienneté avant des officiers y ayant déjà pris rang.*

Le fondement n'est plus le même ; il était certainement logique que le rang fut protégé au même titre que l'ancienneté, puisqu'il n'en était qu'une conséquence, mais ce n'est pas sur l'irrévocabilité du grade que le Conseil d'État devait appuyer sa jurisprudence. Ses arrêts allaient tirer leur force de l'article 13 de la loi sur l'avancement dans l'armée, aux termes duquel « l'ancienneté pour l'avancement est déterminée par la date du brevet ». Les Chambres, par cette prescription formelle, avaient eu pour but d'empêcher le Gouvernement de donner à une nomination un effet rétroactif ; le respect du rang d'ancienneté s'ensuivait nécessairement.

Le rang d'ancienneté pouvait être méconnu dans le cas

de permutations ou à la suite de nominations ; voyons comment les textes et la jurisprudence en ont assuré le respect.

L'ordonnance du 16 mars 1838, rendue en application de la loi du 14 avril 1832, réglait minutieusement les conditions dans lesquelles les permutations pouvaient avoir lieu, sur la demande des intéressés ou d'office, et les conséquences qui en résultaient pour l'ancienneté des officiers en cause (1). Ces dispositions n'ont plus le même intérêt depuis que la loi du 5 janvier 1872 a substitué dans la cavalerie et l'infanterie l'avancement sur la totalité de l'arme à l'avancement par corps ; elles démontrent cependant que le Gouvernement entendait respecter le classement par ancienneté des officiers qui concouraient entre eux pour l'avancement.

Le Conseil d'État a toujours suivi le Gouvernement dans cette voie. L'officier qui permute renonce au rang auquel son ancienneté lui donne droit dans la mesure où cet abandon est nécessaire pour que la permutation ne porte aucun préjudice aux officiers avec lesquels il va se trouver en concours. Mais c'est dans ce seul but, et la

(1) En cas de changement d'armes, les deux officiers renoncent à leur ancienneté et prennent rang, chacun dans leur nouvelle arme, un jour plus tard que l'officier le moins ancien ; en cas de changement de corps l'ordonnance prenait soin de prescrire qu'il n'en devait résulter aucun changement pour le classement par ancienneté des officiers de chaque corps, dût l'officier renoncer en partie à son ancienneté. (Art. 54, 55, 56 de l'ordonnance du 16 mars 1838).

mise en application de la loi du 5 janvier 1872 donna au Conseil d'État l'occasion de confirmer, en s'appuyant précisément sur les termes de l'article 15 de la loi de 1832, comment, à défaut de cet intérêt, l'officier conservait le rang résultant de la date de son brevet.

En permutant de corps à corps, un officier avait perdu, dans le corps où il était entré, le rang auquel son ancienneté lui donnait droit ; il s'agissait de savoir s'il devait être classé sur la liste générale de tous ces officiers de l'arme à la date de son brevet ou au rang de l'officier avec lequel il avait permuté. Le Conseil d'État jugea que la renonciation à son rang primitif, ayant été motivée seulement par l'application des règles d'avancement qui venaient d'être abrogées, ne pouvait plus lui être opposée, et qu'il y avait lieu de se conformer exactement aux termes de l'article 15 de la loi de 1832 déterminant l'ancienneté pour l'avancement par la date du brevet (10 décembre 1875, Hucher).

C'est principalement à l'occasion de nominations agissant avec rétroactivité que le Conseil d'État allait être conduit à garantir à l'officier le rang acquis sur la liste d'ancienneté.

Nous avons dit que cette jurisprudence repose sur une interprétation stricte, conforme d'ailleurs à l'intention du législateur, des termes de l'article 15 de la loi du 14 avril 1832. La loi, faisait-on remarquer, détermine l'ancienneté par la date *du brevet* et non la date *fixée par le brevet*.

Que fallait-il entendre par cette expression? L'ordonnance du 16 mars 1838 fit connaître l'interprétation que lui donnait le Gouvernement.

« *Le rang des officiers du même grade, dit l'article 5 de cette ordonnance, est déterminé par l'ancienneté dans le grade.*

« *Cette ancienneté compte de la date du brevet...*

« *Le jour où a été rendue l'ordonnance qui confère le grade ou l'époque à laquelle cette ordonnance fait remonter la nomination dans les circonstances prévues par les articles 36 et 128 ci-après, détermine la date du brevet.* »

Ces termes sont bien clairs : l'officier prend rang, en principe, du jour où a été signé le décret qui le nomme ; le gouvernement se réserve toutefois la faculté de déroger à cette règle dans deux cas exceptionnels, soit pour faire droit à des réclamations fondées et réparer une erreur reconnue tardivement (art. 36), soit, en temps de guerre, pour régulariser et faire concorder des nominations provisoires (art. 128).

Après la guerre de 1870, le Gouvernement avait usé de cette disposition exceptionnelle. La pratique des dérogations s'étendit et motiva deux pourvois qui, sous des formes apparemment opposées, soulevaient exactement la même question : une nomination peut-elle agir avec rétroactivité au préjudice du rang acquis antérieurement par un officier sur la liste d'ancienneté ?

Le premier recours posait la question d'une façon di-

recte (Faidherde, 27 mars 1874). Promu divisionnaire en 1870, le général Faidherde demandait l'annulation, pour excès de pouvoir, d'un décret de 1871 portant promotion de généraux de division dans celles des dispositions de cet acte qui faisaient prendre rang à ces officiers généraux avant la date de leur nomination, attendu que cet acte n'avait pu faire passer avant lui sur la liste d'ancienneté des officiers promus postérieurement sans porter atteinte aux droits résultant pour lui de l'ancienneté, notamment au droit au commandement.

Dans le deuxième recours (24 juillet 1874, Caillet), c'était, à l'inverse, un officier qui, promu lieutenant, demandait que sa date de nomination fut reportée à une date antérieure de telle sorte qu'il reprit rang avant des officiers qui avaient été promus avant lui au mépris des droits qu'il tenait des lois sur l'avancement. Il déférait au Conseil d'État une décision du ministre de la Guerre refusant de lui donner satisfaction.

L'affaire était plus complexe : au fond le requérant réclamait contre la prétendue violation d'un droit certain et inscrit dans la loi ; mais, étant donnée la forme dans laquelle il demandait la réparation de l'erreur commise à son préjudice, la question à résoudre par le Conseil d'État se trouvait être la même que dans la première espèce.

En réponse aux conclusions du général Faidherde, le ministre de la Guerre soutenait qu'aucun texte de loi ne s'opposait à ce que le chef de l'État fit remonter la promotion d'un officier à un grade supérieur à la date du fait de guerre qui avait motivé cette promotion. La thèse

du ministre de la Guerre semblait absolument contraire à l'article 15 de la loi, mais le Conseil d'État n'allait pas, cette fois, se prononcer sur le fond du litige ; il déclara le pourvoi irrecevable comme formé tardivement ; les nominations portant préjudice auraient dû être attaquées dans le délai légal (alors 3 mois) à partir de leur publication au *Journal Militaire officiel*.

Dans la deuxième affaire, le ministre opposait au fond que les promotions avaient été régulières et, d'autre part, que le pourvoi était formé tardivement. Le Conseil d'État déclara le pourvoi irrecevable, mais pour un autre motif. Après s'être fait fournir des renseignements sur les cas dans lesquels le ministre de la Guerre faisait remonter le rang d'ancienneté à une date antérieure à celle de la promotion, il saisit l'occasion qui s'offrait de condamner une pratique qui lui paraissait abusive. Considérant qu'aux termes de l'article 15 de la loi du 14 avril 1832 l'ancienneté est déterminée par la date du brevet du grade, il déclara qu'un officier n'est pas recevable à lui déférer la décision par laquelle le ministre refuse de reporter son rang d'ancienneté à une date antérieure à celle de sa nomination.

Le Conseil d'État ne veut donc pas porter atteinte au rang d'ancienneté que d'autres officiers tiennent de nominations antérieures, parce qu'il regarde ces nominations comme régulières tant qu'elles n'ont pas été annulées ; et c'est dans cette dernière considération qu'il va trouver la solution du conflit. En écartant la demande du requérant,

il lui indique comment il aurait dû s'y prendre. « *S'il se
« croyait fondé à prétendre que des nominations d'au-
« tres officiers ont porté atteinte aux droits que lui
« conférerait son ancienneté* (dans le grade dont il était
« titulaire), *c'est contre ces nominations qu'il aurait dû
« introduire son pourvoi.* »

Dans l'armée de mer, les réclamations relatives au rang d'ancienneté n'allaient se produire que tardivement.

La loi du 21 avril 1832, sur l'avancement dans l'armée de mer, ne contenait pas de disposition aussi absolue que cet article 15 de la loi de la guerre sur lequel le Conseil d'État avait édifié sa jurisprudence. L'article 21, reproduit dans la loi du 10 juin 1896 qui régit actuellement le corps des officiers de marine, disait seulement que « *l'an-
« cienneté pour l'avancement est déterminée par le rang
« d'inscription sur l'état général des officiers...* », définition insuffisante car il reste à préciser comment est fixé le rang d'inscription. On peut donc se demander si la jurisprudence consacrée par les arrêts de 1874 aurait pu être créée pour l'armée de mer, mais, une fois établie, elle devait naturellement s'y étendre ; il était logique que le rang d'ancienneté fut entouré des mêmes garanties dans les deux armées puisque les principes tant d'avancement que de propriété du grade étaient les mêmes. L'occasion se présenta tout récemment pour le Conseil d'État de la mettre en application.

Le conflit portait sur le rang respectif dans le grade

d'enseigne de vaisseau des aspirants provenant de l'École navale et des premiers-maîtres élèves officiers promus après deux années de grade (17 mai 1907, Le Bigot et autres...). Les premiers-maîtres élèves officiers, ayant été nommés en 1902 pour compter du 6 octobre, ne pouvaient être promus enseignes de vaisseau avant le 6 octobre 1904 ; ils allaient prendre rang après tous les aspirants du 5 octobre 1902 qui venaient d'être promus enseignes de vaisseau pour compter du 5 octobre 1904, conformément aux dispositions impératives de la loi.

Pour éviter qu'il en fût ainsi (le motif était avoué), le ministre décida, par arrêté du 9 octobre 1904, que la promotion des premiers-maîtres élèves officiers compterait du 1^{er} octobre 1902, et un décret du 11 octobre les nomma enseignes de vaisseau pour prendre rang du 3 du même mois. Les enseignes de vaisseau du 5 octobre 1904 déférèrent au Conseil d'État tout à la fois l'arrêté du ministre et le décret portant atteinte à leurs droits.

L'irrégularité de la décision du ministre n'était pas douteuse et se répercutait sur la validité du décret qu'elle avait précisément pour but de préparer. Mais le commissaire du Gouvernement envisagea, en outre, deux autres chefs de nullité du décret. Cet acte ayant été rendu après le 5 octobre, date à laquelle les requérants avaient été promus enseignes de vaisseau, les premiers-maîtres ne pouvaient plus prendre rang avant eux sur la liste d'ancienneté de ce grade. Le commissaire du Gouvernement déclarait enfin le décret entaché d'irrégularité en ce qu'il faisait re-

monter la nomination des élèves officiers au grade d'enseigne de vaisseau à une époque antérieure à sa date.

Laissons momentanément de côté cette dernière conclusion; ce qu'il nous importe de relever, c'est que le Conseil d'État retint l'excès de pouvoir résultant de la violation du rang d'ancienneté; il annula l'arrêté et le décret attaqués, et, cela, sans même chercher à justifier que ce rang constitue un droit, tant est admis le principe, que le rang fait partie de l'ancienneté. Les considérants rappellent simplement qu'en devenant propriétaire de son grade, l'officier acquiert un droit à son rang d'ancienneté, et que ce rang, comme le grade lui-même, ne peut plus lui être enlevé que dans les cas prévus par l'article 1^{er} de la loi de 1834.

CHAPITRE II

FIXATION DE L'ANCIENNETÉ

Nous pouvons maintenant examiner dans quelle mesure le Gouvernement reste libre de fixer l'époque à laquelle une nomination produira son effet.

Une première limite, certaine, se dégage de l'inviolabilité du rang acquis sur la liste d'ancienneté ; une nomination ne peut remonter au delà d'une nomination précédente. Mais, tout en respectant cette limite, le Gouvernement ne peut-il pas faire compter une promotion du jour où se sont produites les vacances qui sont comblées ?

Il est certain qu'il n'y est pas obligé, le Conseil d'État l'a reconnu implicitement dans plusieurs occasions (Rostan, 26 février 1897 ; Viaud, 30 novembre 1900) ; mais on a discuté souvent le point de savoir s'il avait le droit de le faire.

Le Conseil d'État s'est incidemment prononcé sur cette question dans l'arrêt du 17 mai 1907 dont nous venons de parler. Élargissant le débat qui était soulevé, le commissaire du Gouvernement a jugé utile de préciser comment sont délimités dans le temps, d'après les principes mêmes du droit et d'après les lois constitutionnelles, les pou-

voirs d'organisation de services publics et de nomination appartenant aux représentants du pouvoir exécutif.

Le commissaire du Gouvernement oppose le pouvoir de nomination, qui est limité au présent, au droit d'organiser et de réglementer qui ne peut certes pas être exercé pour le passé, mais peut l'être dans l'avenir. « Les représentants de la puissance publique investis du droit de nomination ne peuvent nommer qu'aux emplois vacants au moment même où ils disposent, sans pouvoir ni modifier les faits antérieurs, ni engager l'avenir..... Ce n'est qu'au moment précis où s'ouvre une vacance dans un emploi ou un grade, que naît, au profit de la puissance exécutive, le droit de nommer un titulaire à cet emploi ou à ce grade, et c'est seulement pour la période postérieure à la publication de la décision de nomination que celle-ci est susceptible de produire effet. »

Nous ne défendrons pas les nominations anticipées (1), elles peuvent être une source d'abus ; mais il ne faut pas perdre de vue que, dans bien des cas, il sera de bonne administration de procéder ainsi pour qu'un emploi ne se trouve pas vacant.

Mais est-il bien certain qu'une nomination ne peut remonter à une date antérieure à celle du décret ? (2)

(1) Le commissaire du gouvernement n'admet d'exception qu'en ce qui concerne les élèves provenant des écoles, et dont la promotion a lieu, en quelque sorte automatiquement, à une date déterminée d'avance.

(2) Le commissaire du Gouvernement dit qu'elle ne peut produire

Dans l'armée de terre, l'affirmative ne paraît pas douteuse en présence des dispositions de l'article 15 de la loi du 14 avril 1832 ; si les termes de cet article ne sont pas clairs, ils tirent, cependant, un sens certain de la discussion à laquelle il a donné lieu.

Dans l'armée de mer, nous l'avons déjà dit, il n'y a pas de texte aussi impératif ; la solution doit se chercher dans les principes généraux du droit public, et c'est ainsi que le commissaire du Gouvernement présentait la question dans les circonstances que nous avons rappelées. Le Conseil d'État s'est rangé à ces conclusions ; l'arrêt du 17 mai 1907 ne recule pas la nomination des premiers maîtres élèves officiers au 6 octobre, date à laquelle ils réunissaient les conditions et auraient pu être nommés sans préjudicier aux aspirants ; il déclare le décret irrégulier en ce qu'il fait prendre rang aux officiers qui y figurent avant le jour où il a été signé.

Le Conseil d'État a affirmé à nouveau cette jurisprudence en insérant un considérant surabondant dans un arrêt postérieur (1) rendu sur les conclusions du même commissaire. Le Gouvernement se trouve donc en présence d'une volonté nettement manifestée d'appliquer une doctrine, rigou-

effet que pour la période postérieure à la *publication* de la décision ; il a toujours été admis cependant que, dans le silence d'un décret, la nomination compte du jour de la signature et non de la publication de l'acte.

(1) Brugnot, 5 décembre 1907 : il s'agissait d'une nomination faite par un arrêté du ministre de l'Instruction publique au mois de décembre d'une année pour compter du mois de janvier précédent.

reuse certes, mais dont il est difficile de nier l'exact fondement.

Le Conseil d'État semble admettre, en cas de réorganisation de corps, des dérogations à la règle, qu'une nomination doit faire prendre rang à la suite de la liste d'ancienneté.

Lorsque des corps nouveaux sont créés, on maintient leur rang d'ancienneté aux officiers qui demandent à faire partie de la première formation alors même que le décret organisant le corps ne le préciserait pas (Fontan, 23 décembre 1842) ; mais, en cas de réorganisation de corps, les officiers autorisés à changer d'arme renonçaient par ce seul fait à leur rang d'ancienneté, conformément aux dispositions de l'article 56 de l'ordonnance de 1838 (Tremblay, 22 juillet 1848).

Les deux hypothèses se présentèrent simultanément en 1884 à l'occasion de la création de régiments de tirailleurs tonkinois et de nouveaux emplois dans les régiments d'infanterie de marine (D. du 12 mai 1884). Des officiers d'infanterie de l'armée de terre avaient été versés, les uns dans les nouveaux corps, les autres dans les régiments existants déjà en vue d'y occuper des emplois nouvellement créés ou d'y remplacer les officiers qui, de l'infanterie de marine, avaient passé dans les tirailleurs tonkinois ; dans l'un et l'autre cas, ces officiers conservaient leur ancienneté.

Cette décision souleva une immense réclamation : 153 officiers d'infanterie de marine déférèrent au Conseil d'État

le décret du 12 mai 1884 ainsi que les nominations qui l'avaient suivi, comme pris en violation des articles 54 et 56 de l'ordonnance de 1838 relatifs aux changements de corps ou d'arme.

Le Conseil d'État rejeta leur pourvoi parce que ces articles ne visaient que les permutations et non le passage de l'infanterie de terre dans l'infanterie de marine en vue de la formation de corps nouveaux, et qu'il n'en résultait aucune restriction au droit du chef de l'État de régler l'emploi des officiers. Le commissaire du Gouvernement fit remarquer qu'on se trouvait effectivement en présence de constitution de corps nouveaux pour les officiers admis dans les régiments de tirailleurs et qu'il fallait donner la même solution pour ceux qui avaient été nommés dans les régiments existants, étant données les conditions dans lesquelles ils y avaient été appelés (20 avril 1888, Cass.....)

CHAPITRE III

RECOURS FONDÉS SUR LE RANG D'ANCIENNETÉ

Le principal intérêt du rang d'ancienneté est qu'il confère dans une certaine mesure des droits à l'avancement. Il importe donc que l'officier ait le moyen de se faire rétablir sur la liste d'ancienneté au rang qui lui revient et de faire reconnaître ses droits à l'avancement dans le cas où ils auraient été méconnus.

Deux voies lui sont ouvertes : le recours hiérarchique et le recours contentieux.

Recours hiérarchique.

Ce recours tire son intérêt non pas de son existence, car il va de soi, mais du fait que l'exercice en est réglementée dans l'armée de terre. L'ordonnance du 16 mars 1838 l'organise en matière d'avancement (art. 36) et de rang d'ancienneté (art. 90).

L'officier qui n'a pas obtenu l'avancement auquel son ancienneté lui donnait droit a un délai de six mois pour demander la réparation de l'erreur commise à son préjudice

(neuf mois s'il est hors du territoire français). Ce recours a pour point de départ la notification au corps de la promotion de l'officier moins ancien que lui, notification qui, avons-nous vu, résulte de l'insertion de l'acte dans un organe officiel.

Si la réclamation est reconnue fondée, l'officier est nommé à la première vacance qui survient, et pour compter du jour où l'emploi qui lui revenait a été conféré à un officier moins ancien que lui : quant à l'officier qui avait été nommé à tort, il conserve son ancienneté.

L'officier ne doit donc pas attendre d'avoir été promu, lui aussi, pour réclamer dans le nouveau grade un rang d'ancienneté antérieur à celui de l'officier qui avait été promu à sa place. Il doit attaquer dans le délai prescrit la nomination de l'officier moins ancien ; ce délai passé, le rang d'ancienneté de ce dernier officier est irrévocablement acquis et l'officier lésé ne pourrait plus demander une mesure qui y porterait atteinte.

En matière de classement sur la liste d'ancienneté, nous retrouvons dans l'article 90 des dispositions qui reposent sur la même idée. C'est pendant qu'un officier est encore dans un grade qu'il doit faire reconnaître son rang d'ancienneté dans ce grade ; il le peut à toute époque, mais son intérêt est de ne pas attendre parce que son droit peut se trouver forclos à la suite de deux événements.

Le premier de ces événements est sa promotion au grade supérieur ; elle rend inattaquable le rang que l'officier occupait dans son ancien grade. C'est ce rang qui détermi-

nera son classement dans le nouveau grade vis-à-vis des officiers promus le même jour ; il n'est dérogé à cette règle que si l'intéressé avait présenté une réclamation contre son rang avant sa promotion.

La deuxième clause de forclusion envisagée par l'article 90 se rattache à l'hypothèse suivante : l'ordonnance suppose qu'à la suite d'une réclamation fondée, le rang reconnu à un officier est tel qu'il aurait été compris dans une promotion antérieure si l'erreur n'avait pas été commise. Va-t-on se borner à inscrire cet officier en tête de la liste de son grade, ou bien sera-t-il promu au grade supérieur pour y prendre le rang qui lui revenait ?

Le dernier paragraphe de l'article 90 répond à la question : la réclamation portait sur le rang et non sur le grade ; le préjudice ne sera réparé que dans cette mesure. L'officier sera donc rétabli à son rang sur la liste de son grade ; mais il ne sera promu au grade supérieur que s'il se trouve encore dans les conditions prévues par l'article 36 dont nous avons parlé ci-dessus, c'est-à-dire s'il a réclamé son avancement dans les six mois qui ont suivi la promotion d'un officier moins ancien que lui ou s'il se trouve encore dans le même délai au moment où l'erreur commise à son préjudice est reconnue.

Recours contentieux.

La protection du rang d'ancienneté n'aurait pas été complète si le Conseil d'État n'avait pas ouvert son prétoire

aux officiers dont les droits fondés sur ce rang ont été méconnus.

On pouvait se demander si le Conseil d'État allait admettre un recours contentieux en cette matière. N'allait-il pas objecter que la loi n'envisage les effets de l'ancienneté qu'au point de vue de l'avancement, et que l'officier ne peut, par suite, s'en prévaloir tant qu'il n'y a pas violation d'un droit acquis, c'est-à-dire tant qu'un officier plus jeune n'est pas nommé ; d'autre part, l'ordonnance de 1838 organisait un recours hiérarchique.

Le Conseil d'État a admis que les litiges de l'espèce peuvent être portés devant la juridiction contentieuse, parce que le rang d'ancienneté constitue un véritable droit au même titre que le grade. En s'élevant contre la négation de son rang d'ancienneté, de même que contre la violation de ses droits à l'avancement, l'officier ne fait que revendiquer des droits que la loi lui a garantis.

Les conditions dans lesquelles ces recours doivent être formés découlent des arrêts que nous avons examinés pour montrer comment la jurisprudence du Conseil d'État s'était progressivement affirmée ; nous n'avons donc plus qu'à conclure.

Lorsqu'un officier se croit fondé à prétendre que des nominations ont porté atteinte aux droits que lui conférait son ancienneté, c'est contre ces nominations que son pourvoi doit être introduit. La solution est évidente quand la décision dommageable est une nomination faite au grade dont l'intéressé est pourvu, et qui a donné à d'autres offi-

ciers un rang antérieur au sien, comme dans l'arrêt du 17 mai 1907.

C'est aussi celle qui s'impose lorsqu'il s'agit d'une nomination faite au grade supérieur et qui aurait dû comprendre un officier en raison de son rang. L'officier lésé ne doit pas attendre sa promotion à ce grade supérieur pour demander alors d'être classé sur la liste d'ancienneté de ce grade au rang qu'il aurait dû occuper ; le Conseil d'État déclare une requête de cette nature irrecevable. L'application de la déchéance résultant de l'expiration du délai de pourvoi deviendrait illusoire si l'officier qui se croit lésé pouvait attendre le jour où il sera promu pour demander que son rang d'ancienneté soit reporté à une date antérieure et remettre ainsi en question l'ancienneté relative de tous les officiers nommés depuis cette date. Faute d'avoir réclamé en temps utile, il doit se soumettre aux prescriptions de l'article 15 de la loi de 1832 qui détermine l'ancienneté par la date du brevet.

Le litige peut être porté au contentieux sans être précédé du recours hiérarchique ; le Conseil d'État l'a admis à diverses reprises et la question a même fait l'objet de conclusions du commissaire du gouvernement dans l'arrêt du 20 avril 1888 (Casse,). Mais l'intéressé peut toujours commencer par saisir le ministre de sa requête ; c'est alors la réponse du ministre qu'il devra attaquer dans le délai légal (Lafeuillade, 7 août 1883).

CHAPITRE IV

LIMITE DES DROITS RÉSULTANT DE L'ANCIENNETÉ

Nous ne donnerions du rang d'ancienneté qu'une idée bien incomplète si nous terminions sans indiquer la limite de son influence.

Les droits qu'un officier tient de son ancienneté sont soumis à une restriction importante résultant de ce que le Gouvernement dispose de l'emploi. D'après l'article 16 de la loi du 14 avril 1832 et des textes analogues pour l'armée de mer (art. 38. L. 10 juin 1896 notamment), le temps passé par un officier dans certaines positions est déduit de son ancienneté : citons, à titre d'exemple, le temps de non-activité pour infirmités temporaires ou par suite de retrait ou suspension d'emploi, les services étrangers au département dont l'officier relève, parfois le temps passé en congé. Dans ces diverses circonstances, l'officier cesse immédiatement de figurer sur la liste d'ancienneté. Il en est de même lorsque l'officier est privé définitivement de son emploi par suite de mise en réforme ou d'admission à la retraite. Les droits à l'avancement d'un officier peuvent donc se trouver soit suspendus, soit définitivement

perdus, par suite de causes quelquefois voulues, mais, souvent aussi, indépendantes de sa volonté; le Gouvernement reste maître d'arrêter à tout moment l'avancement même à l'ancienneté.

Ce pouvoir a pu sembler exorbitant lorsque l'officier ainsi atteint allait être appelé par son rang d'ancienneté au grade supérieur; il n'est cependant pas douteux et peut s'exercer alors même que la vacance dans le grade supérieur qui devrait lui revenir existerait déjà.

Il ne suffit pas, en effet, qu'une vacance existe et revienne au tour de l'ancienneté pour que l'officier qui figure en tête de la liste acquière immédiatement droit au grade supérieur; son seul droit est que son tour ne soit pas passé quand viendra la promotion. Si, dans l'intervalle, l'officier cesse de figurer sur la liste d'ancienneté, son droit à l'avancement s'évanouit; il devient sans intérêt, et, par suite, sans qualité, pour réclamer contre la nomination d'officiers plus jeunes que lui.

Des officiers formèrent des recours plusieurs fois, mais en vain, contre des décisions qui leur enlevaient les espérances qu'ils comptaient voir se réaliser. La jurisprudence du Conseil d'État n'a jamais varié sur ce point et n'est pas critiquable; elle a son fondement dans le principe que l'emploi est à la disposition du chef de l'État. Les arrêts rendus ont, d'ailleurs, une signification d'autant plus nette que, dans la plupart des cas, il n'y avait pas d'équivoque, le ministre ne cachant pas que la décision

avait eu pour but d'empêcher l'officier d'être promu au grade supérieur.

La première revendication se présenta à l'occasion d'une permutation ordonnée d'office. Un capitaine, sur le point d'arriver en tête de la liste d'ancienneté, avait été appelé au commandement d'une des compagnies de vétérans existant à l'époque et où il ne pouvait plus recevoir d'avancement ; il se pourvut contre la décision du ministre. Le Conseil d'État rejeta sa requête considérant qu' « *un officier n'a le droit de réclamer un emploi à l'ancienneté qu'autant qu'un de ces emplois a été donné à un officier moins ancien que lui* ». Jusque-là, le chef de l'État dispose de son emploi sans qu'il puisse réclamer contre une mesure qui le prive de son rang d'ancienneté. (Périers, 30 juillet 1840). Les circonstances de ce recours ne peuvent plus se représenter maintenant, mais l'arrêt n'en conserve pas moins toute sa valeur de principe.

Le Conseil d'État rejeta, de même, des pourvois formés par des officiers placés en non-activité ou admis à la retraite d'office au moment même où ils auraient dû être promus ; la seule question, parfois délicate, qui se pose est de savoir si l'officier a bien cessé de prendre rang sur la liste d'ancienneté au moment où est promu celui qui le suivait.

Le Conseil d'État, se fondant sur ce qu'aux termes de l'article 22 de la loi du 14 avril 1832 les promotions sont rendues publiques par insertion au *Journal Militaire officiel*, prenait autrefois en considération les dates respec-

tives de publication de la promotion et de notification à l'officier de la mesure prise à son égard ; c'est ainsi qu'il avait rejeté le recours d'un officier placé en non-activité contre la promotion d'un officier moins ancien que lui parce que la nomination de ce dernier n'avait été insérée au *Journal Militaire officiel* que postérieurement à la notification, à lui faite, de la décision le plaçant en non-activité (1) (Labussière, 2 juin 1876).

D'après une jurisprudence plus récente (arrêt Moulard, en matière d'admission à la retraite), les décisions individuelles auraient par elles-mêmes force exécutoire, indépendamment de toute notification à l'intéressé ou de toute insertion au *Journal officiel*. Un décret de promotion sautant le tour d'un officier a donc pu être rendu valablement le même jour que la décision l'admettant à la retraite, du moment où il était possible d'établir que cette dernière décision était antérieure au décret ; une preuve de cette antériorité résultait de ce que la promotion comprenait le remplacement de l'officier admis à la retraite (Moulard, 1^{er} juin 1895).

On a déduit de cet arrêt que c'est à partir de la décision prise, et non de la radiation des cadres, qu'un officier perdrait les droits attachés à l'ancienneté et cesserait, par suite, de pouvoir critiquer les nominations faites en

(1) Le décret de promotion signé le 12 mai avait été inséré au *Journal officiel* le 1^{er} juin, tandis que la décision mettant l'officier en non-activité prise le 11 mai lui avait été notifiée le 22 du même mois.

violation de ces droits. Ces conclusions semblent exagérées. Dans un arrêt postérieur (Rostan, 26 fév. 1897), le Conseil d'État a pris en considération la date de la radiation effective ; cette solution paraît s'imposer toutes les fois qu'en raison de la position de l'officier, la date de la décision ne se confond pas avec celle de sa mise à exécution.

TITRE IV

L'EMPLOI ET LES POSITIONS DE L'OFFICIER

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

L'emploi est la fonction attribuée à l'officier pour exercer les attributions de son grade suivant les besoins du service (1).

(1) Une observation paraît utile sur le double sens du mot « emploi ».

Dans un sens strict, les notions d'emploi et de fonction se confondent ; le nombre réglementaire des emplois dans un grade correspond exactement à l'encadrement et aux services de l'armée envisagée comme formation de combat. Toutes les dispositions de la loi s'enchaînent alors logiquement : l'emploi est distinct du grade ; si des fonctions sont supprimées, des emplois le sont aussi et il faut placer des officiers en non-activité ; si, pour des raisons de santé ou de discipline, un officier n'est pas apte à occuper un emploi, il faut le placer en non-activité afin de donner à l'emploi un nouveau titulaire.

Cette conception théorique ne concorde pas avec les nécessités de la pratique. En dehors des cadres constitutifs de l'armée, le service courant réclame un certain nombre d'officiers ; c'est à ce besoin que la loi fait allusion en opposant à l'article 3 les fonctions spéciales aux emplois dans les cadres. De là, dérive la situation des officiers hors cadre, placés en activité ou en non-activité suivant qu'ils sont ou non affectés à un service ; le nombre des officiers cesse d'être égal à celui des emplois nécessaires.

Dans l'armée de mer, la signification de l'emploi s'écarte encore davantage de l'idée première. Le nombre des unités de combat est

L'emploi est le complément indispensable du grade ; à quoi servirait d'avoir un titre sans en posséder la jouissance ? A l'état normal, les deux éléments sont réunis ; le grade n'est jamais conféré sans l'emploi ; le législateur l'a interdit dans l'article 21 de la loi du 14 avril 1832 : ni grades sans emplois, ni grades honoraires. S'ils sont ultérieurement disjoints, c'est que l'emploi aura été retiré. Aussi le titre II est-il la partie véritablement vivante de la loi du 19 mai 1834 ; il a été l'objet de débats passionnés et les dispositions qu'il contient sont d'une application courante, témoignage de l'intérêt qui s'y attache.

Il n'est plus question ici de propriété comme pour le grade ; l'emploi est à la disposition du chef de l'État. Le principe est toujours aussi vrai de nos jours qu'en 1834, mais le fondement n'est plus le même.

Sous la Charte monarchique de 1830, le roi commandait les forces de terre et de mer. Il est un mot qu'on retrouve sans cesse dans les discussions de la loi relatives à l'em-

essentiellement variable, comme aussi la composition de leurs états-majors ; la relève des officiers embarqués ou en service hors de France nécessite également une certaine élasticité des cadres ; entre deux embarquements, les officiers assurent les services à terre. Les notions d'emploi et de fonctions sont ici complètement distinctes ; un officier peut rester sans fonction sans être placé en non-activité, et, inversement, un officier peut être placé en non-activité sans qu'il soit nécessaire de le remplacer dans les cadres.

Le plus souvent, et en particulier dans l'expression « retrait d'emploi », le terme d'emploi cesse de correspondre à la notion concrète d'une fonction occupée pour s'élever à l'idée plus large de susceptibilité d'occuper une fonction.

ploi ; c'est celui de « prérogative royale ». Au point de vue militaire, cette prérogative consistait en ce que le roi était le chef de l'armée ; le sentiment qu'on en avait en 1834 a beaucoup influé sur la rédaction du titre II. Le roi, chef militaire suprême, devait avoir, à ce titre, des pouvoirs disciplinaires supérieurs ; les Chambres lui abandonnèrent un droit qu'elles n'auraient jamais donné à un ministre.

Les constitutions républicaines disent seulement que le président dispose de la force armée, et la constitution de 1848 ajoutait qu'il ne pouvait la commander en personne. On sait pour quel motif personnel au président de la République de 1875 cette disposition a été retranchée de l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 : mais l'esprit en subsiste.

La situation constitutionnelle est donc changée. Le président dispose toujours de l'emploi mais pour cette seule raison qu'il nomme aux emplois militaires comme civils.

Malgré les pouvoirs du chef du Gouvernement, on peut cependant dire que l'emploi fait partie de l'état de l'officier ; il n'y a là aucune contradiction. La libre disposition d'un pouvoir n'en veut pas dire l'usage arbitraire ; sans abdiquer ses droits, le chef de l'État peut en régler l'exercice. Le ministre de la Guerre l'a fait observer dans la discussion, et, si les garanties dont les Chambres voulaient entourer l'emploi ne furent pas inscrites dans la loi, ce fut par respect pour la prérogative royale, en présence des limites que le souverain s'était lui-même imposées.

Considérant les diverses hypothèses dans lesquelles un officier peut se trouver sans emploi, le législateur de 1834 a distingué quatre positions et a réglé, en ce qui concerne chacune d'elles, les pouvoirs dont dispose le Gouvernement ; les garanties de l'officier consistent dans les formes prescrites. Les quatre positions de l'officier sont : l'activité, la non-activité, la réforme et la retraite. Pour les officiers généraux, il y a lieu d'ajouter la disponibilité et le cadre de réserve : nous examinerons à part la condition particulière qui leur est faite. La position de disponibilité était aussi celle de l'officier *du corps* d'état-major ; mais ce corps a été supprimé par la loi du 10 mai 1880 et les officiers du *service* d'état-major sont placés dans la même situation que les autres officiers des mêmes grades.

L'activité et la non-activité sont deux positions temporaires ; la réforme et la retraite correspondent, au contraire, à des situations définitives. C'est en examinant successivement ces diverses positions que nous verrons dans quelle mesure l'emploi est garanti.

Avant d'aborder l'étude détaillée de chaque position, il nous faut parler d'une mesure récente, ordonnée en faveur des fonctionnaires de tout ordre, et qui intéresse les officiers au point de vue des décisions qui peuvent les atteindre dans leur emploi.

Aux termes de l'article 65 de la loi de finances du 22 avril 1905, « *tous les fonctionnaires civils et mili-*

*« taires..... ont droit à la communication personnelle
« et confidentielle de toutes les notes, feuillets signaléti-
« ques et tous autres documents composant leurs dossiers,
« soit avant d'être l'objet d'une mesure disciplinaire ou
« d'un déplacement d'office, soit avant d'être retardés
« dans leur avancement à l'ancienneté ».*

L'introduction de cet article dans la loi de finances fut provoquée par un mouvement d'opinion à la suite des faits de délation contre des officiers portés à la tribune de la Chambre des Députés.

Le texte voté par la Chambre ne comprenait que la première partie de la phrase, sans limiter les cas dans lesquels la communication du dossier pouvait être exigée.

Au Sénat, l'article fut l'objet de vives critiques. M. Séblin, appuyé par l'amiral de Cuverville, proposait, en invoquant l'intérêt de la discipline, de restreindre la communication aux pièces *« émanant de personnes autres que les supérieurs hiérarchiques »*; le général Billot en demandait la suppression absolue. Le Sénat vota la disjonction.

La Chambre des Députés ayant rétabli son texte, la commission du Sénat proposa d'y substituer le mot suivant. *« Aucun fonctionnaire ne peut être l'objet d'une mesure disciplinaire ou d'un retard dans son avancement à l'ancienneté que sur rapport motivé préalablement communiqué à l'intéressé »*. Cette disposition était excellente parce que ses conditions d'application étaient bien déterminées, mais elle ne répondait pas au but poursuivi.

Les deux Chambres se mirent finalement d'accord sur le texte qui fait actuellement l'objet de l'article 63 de la loi. Une prescription aussi générale ne sera pas sans soulever d'innombrables difficultés d'application et on peut dire que cette loi sera ce que la jurisprudence la fera.

Les officiers sont donc en droit d'exiger la communication de leur dossier en cas de mesure disciplinaire ou de déplacement d'office ; l'hypothèse d'un retard dans l'avancement à l'ancienneté ne les concerne pas.

D'après une circulaire du ministre de la Guerre du 25 octobre 1908, il faut entendre par mesures disciplinaires toutes celles pour lesquelles il est établi un dossier : par exemple, la mise en disponibilité ou à la retraite d'office lorsqu'elle a un caractère disciplinaire, la réforme par mesure disciplinaire, la non-activité par retrait ou suspension d'emploi.

Mais cette circulaire n'indique pas quand une mutation présente le caractère d'un déplacement d'office nécessitant la communication préalable à l'intéressé de son dossier. On peut déduire des premiers arrêts relatifs à des recours fondés sur la violation de cette disposition que le Conseil d'État paraît l'interpréter dans un sens très étendu : Les ministres opposaient que la loi était sans application quand le déplacement ordonné avait lieu dans l'intérêt du service et ne présentait pas le caractère d'une disgrâce ou d'une mesure disciplinaire ; le Conseil d'État écarta leurs conclusions (Nicol, 6 juillet 1906 ; Rossi, 22 novembre 1907).

La jurisprudence devra aussi définir exactement les do-

cuments à communiquer. La loi prescrit la communication de tout le dossier du fonctionnaire et le ministre de la Guerre a déclaré à la tribune qu'il fallait entendre par ce mot tout ce qui existe sur l'officier; il semble donc qu'il ne suffit pas de donner à l'intéressé connaissance du dossier relatif à l'affaire qui motive la mesure prise à son égard.

Le Conseil d'État ne paraît pas, jusqu'à présent, s'être attaché à une interprétation aussi stricte, mais on peut conclure d'une façon certaine des premiers arrêts que le dossier spécial à l'affaire doit être communiqué à l'intéressé dans le dernier état où il se trouve au moment où la décision est prise : aucune pièce ne peut y être ajoutée sans qu'il lui en soit donné connaissance (Mamet, 22 février 1907).

CHAPITRE II

ACTIVITÉ

L'article 3 de la loi du 19 mai 1834 définit l'activité : « la position de l'officier appartenant à l'un des cadres constitutifs de l'armée, pourvu d'emploi, et de l'officier hors cadres employé momentanément à un service spécial ou à une mission » ; c'est la position normale de l'officier.

Il résulte également, à *contrario*, des dispositions de l'article 5 de cette loi que l'officier prisonnier de guerre reste dans la position d'activité, même lorsque les nécessités du service ont conduit à le remplacer dans son emploi. Il conserve ses droits à l'avancement à l'ancienneté, tout au moins pour le grade immédiatement supérieur. (Art. 17, L. 14 avril 1832.)

L'officier en activité reçoit un emploi correspondant à son grade ; le principe de la corrélation entre le grade et l'emploi est écrit dans l'article 21 de la loi du 14 avril 1832. Les décisions par lesquelles le chef de l'État ou le ministre, suivant le cas, donne une affectation à un officier ou le relève de ses fonctions ne sont pas susceptibles d'être attaquées par la voie contentieuse. Les ordonnances

et décrets ne lient pas le chef de l'État, pas plus que les circulaires ne lient le ministre qui reste libre dans l'exercice des pouvoirs qui lui appartiennent pour déterminer l'emploi des officiers placés sous son autorité (Roch, 4 juillet 1879 ; Ferret, 26 février 1897).

L'officier trouvera cependant dans bien des cas une garantie contre une décision précipitée ou arbitraire dans la disposition de la loi du 22 avril 1905 qui lui permet d'exiger la communication de son dossier avant d'être l'objet d'un déplacement d'office ; mais cette prescription demeure sans sanction efficace. Si le ministre se refuse à l'observation de cette formalité, l'officier pourra bien déférer au Conseil d'État la décision qui ordonne illégalement son déplacement, mais, comme le recours n'est pas suspensif, il devra exécuter l'ordre reçu. La seule sanction réelle consisterait dans l'allocation d'une indemnité pécuniaire en sus des frais de déplacement réglementaires lorsque l'intéressé peut prouver qu'il a subi un préjudice du fait de l'exécution de l'ordre. Peut-être le Conseil d'État entrerait-il dans cette voie s'il persévère dans la jurisprudence dont nous parlerons plus loin à l'occasion de la réparation des dommages causés par des actes irréguliers de la puissance publique ; mais il est plus probable qu'il verra dans les frais de déplacement réglementaires une indemnité arbitrée par avance à forfait.

Entre l'activité et la non-activité, il y a lieu de placer la position spéciale dans laquelle se trouvent les officiers

en congés dits « *de longue durée* », suivant l'expression admise par l'armée de terre, en congés *hors cadres* d'après la dénomination employée par le Département de la Marine.

La loi de 1834, comme l'article 16 de la loi du 14 avril 1832, prévoit la situation d'officiers hors cadres : les uns, employés temporairement à un service spécial ou à une mission, continuent à rester en activité ; les autres, sans emploi, sont en non-activité. C'est en présence de ces textes qu'il faut établir la situation des officiers en congé.

Dans l'armée de mer, des décrets autorisent depuis longtemps la concession de congés hors cadres, mais seulement pour prêter concours à des entreprises de navigation ou à des entreprises industrielles se rattachant à la marine. Cette restriction explique que ces actes (1) visent l'article 3 de la loi de 1834 et rattachent cette position de congé à celle d'activité. Les officiers dans cette situation conservaient à l'origine les mêmes droits qu'en activité ; tous ces avantages leur furent progressivement retirés et maintenant ils sont immédiatement placés hors cadres ; le temps passé en congé est déduit de leur ancienneté. La loi du 10 juin 1896, en y faisant allusion, emploie l'expression d' « *activité hors cadres* ».

Dans l'armée de terre, il n'existait rien de tel quand l'article 64 de la loi du 30 mars 1902 a autorisé l'envoi d'officiers en congés de longue durée, avec permission de

(1) En dernier lieu, le décret du 7 novembre 1906.

se consacrer à des occupations de toute nature. Ces officiers sont placés *hors cadres* et, comme ils se trouvent *sans emploi*, leur situation correspond à la définition de la non-activité ; mais, s'il y a analogie, il s'en faut qu'il y ait identité ; les raisons pour lesquelles ces congés sont accordés s'y opposent. Le rapporteur a fait justement remarquer que la loi créait une position nouvelle ; tandis que l'officier en non-activité reçoit un traitement, ne peut changer de résidence ni se livrer à la pratique des opérations commerciales, l'officier en congé ne perçoit plus de solde, peut se déplacer librement et exercer un métier.

Nous constatons donc une discordance entre les réglementations de la Guerre et de la Marine, mais la différence n'est que dans les mots ; en fait, la situation des officiers en congé est la même.

CHAPITRE III

NON-ACTIVITÉ

La non-activité est la position de l'officier hors cadre et sans emploi (art. 4).

Les causes de non-activité sont définies par l'article 5 et peuvent être groupées en trois catégories suivant les effets qu'elle produit en ce qui concerne la solde et les droits à l'avancement.

1^o Licenciement de corps, suppression d'emploi, rentrée de captivité ;

2^o Infirmités temporaires ;

3^o Retrait ou suspension d'emploi.

Dans les trois premières hypothèses, la non-activité est fondée sur un fait indépendant de l'officier et ses effets sont restreints à une réduction du traitement ; dans les deux autres cas, elle a sa source dans une circonstance personnelle à l'officier qui perd alors ses droits à l'avancement, mais le législateur a tenu compte, au point de vue de la solde, de ce que l'officier mis en non-activité par retrait ou suspension d'emploi s'est rendu coupable d'une faute ; il lui alloue, par suite, dans ce cas, une

solde inférieure à celle qui est prévue pour les quatre autres hypothèses.

1^o Licenciement de corps, suppression d'emploi ou rentrée de captivité à l'ennemi lorsque l'officier prisonnier de guerre a été remplacé dans son emploi.

L'officier est placé en non-activité parce qu'étant en excédent il ne peut recevoir d'emploi.

Nous avons dit que l'officier prisonnier de guerre continue à être dans la position d'activité, mais qu'il peut être remplacé dans son emploi si les besoins du service l'exigent ; c'est à cette situation que se rapporte la troisième des causes énumérées ci-dessus : lorsque cet officier rentre de captivité, son emploi n'étant plus disponible, il faut le placer en non-activité.

L'officier conservant son rang d'ancienneté, la non-activité dans ces conditions est en réalité une disponibilité avec solde réduite ; mais il y a cette différence que l'officier en disponibilité, tout en étant momentanément sans emploi, n'en est pas moins compris dans un cadre tandis qu'ici l'officier est en excédent aux cadres réglementaires. C'est pour cette raison que la Chambre des Pairs rejeta un amendement tendant à étendre à ces cas la position de disponibilité.

2^o Infirmités temporaires.

La non-activité pour infirmités temporaires est la position dans laquelle est placé un officier qui, pour cause de santé, n'est pas en état de faire du service actif, mais qui peut espérer en reprendre.

La situation des officiers écartés de l'armée par des raisons de santé fut l'objet d'une discussion longue et confuse. Dans les deux Chambres, on voulait spécialement protéger la carrière de ceux qui se trouvaient atteints d'infirmités provenant d'événements de guerre ou des fatigues du service ; d'autre part, il répugnait à beaucoup d'appliquer à l'égard de ces officiers l'expression de « non-activité », comme dans le cas de retrait d'emploi, parce qu'elle éveillait l'idée de mesure disciplinaire.

A ces critiques le commissaire du Gouvernement répondait qu'il ne s'agissait pas d'officiers atteints d'infirmités constatées, mais seulement de ceux qui, sous prétexte de de maladie ou d'infirmités que le témoignage des officiers de santé ne vient pas confirmer, chercheraient à s'exempter du service.

Le ministre de la Guerre vint à la tribune défendre son projet. Il fit valoir que la solution proposée conciliait l'intérêt du service avec celui de l'officier : l'intérêt du service, car on ne doit pas conserver dans les cadres des officiers hors d'état de servir ; celui de l'officier, puisque,

la non-activité n'existant pas jusqu'alors, il fallait le mettre immédiatement en réforme. Il était certainement regrettable de faire perdre son rang d'ancienneté à un officier qui n'a commis aucune faute, mais n'était-il pas juste que l'officier tenu à l'écart de l'armée ne vînt pas disputer l'avancement à ceux qui y rendent un service de chaque jour ?

La mise en non-activité à titre d'infirmités temporaires est entièrement à la discrétion du Gouvernement.

La loi ne dit pas dans quelle forme elle est prononcée ; l'article 6 réservant au chef de l'État le pouvoir de placer un officier en retrait d'emploi, on en a conclu que la mise en non-activité pour infirmités temporaires peut, dans le silence de la loi, être prononcée par le ministre. En fait, elle est toujours prononcée par décret, conformément au principe que l'emploi relève du chef de l'État.

Aucune formalité n'est exigée par la loi. Des circulaires ministérielles ont défini les cas dans lesquels les autorités militaires doivent proposer de placer un officier en non-activité et les règles à suivre pour faire constater son état de santé (1) ; mais, la loi n'ayant apporté aucune limite aux pouvoirs du Gouvernement, ces formalités n'ont que la valeur d'instructions et leur non accomplissement ne peut

(1) Circulaires du 6 mai 1835 (Guerre) et du 22 octobre 1846 (Marine) ; instruction (Guerre) sur le service courant. L'officier est visité, puis contre-visité par des officiers du corps de santé, et le dossier est soumis à un Conseil supérieur qui émet son avis.

donner lieu à un recours. Le Conseil d'État a jugé maintes fois que la décision présidentielle par laquelle le chef de l'État met, sur la proposition du ministre, un officier en non-activité pour infirmités temporaires n'est pas de de nature à être attaquée par la voie contentieuse (Chazott, 14 mars 1879).

Le pouvoir du Gouvernement est à ce point discrétionnaire qu'un officier a pu être mis en non-activité à ce titre, bien que n'étant atteint d'aucune infirmité et n'ayant jamais cessé de servir activement. Le ministre expliquait qu'il avait agi dans une pensée bienveillante. Son but était d'empêcher l'officier d'être promu au tour de l'ancienneté ; il aurait pu proposer au chef de l'État le retrait ou la suspension d'emploi, ayant toute liberté pour apprécier les causes de cette mesure, mais il avait préféré supposer des infirmités pour ôter à la mesure tout caractère disciplinaire et donner à l'intéressé une solde plus avantageuse (Labussière, 2 juin 1876).

3° *Retrait ou suspension d'emploi.*

La mise en non-activité par retrait ou suspension d'emploi constitue une mesure disciplinaire.

Sous cette double expression, il n'y a, en réalité, qu'une même position, mais avec des différences de détails dont l'explication se trouve dans la déclaration faite à la Chambre des Pairs par le commissaire du roi. La suspen-

sion diffère du retrait en ce qu'elle est prononcée pour une durée déterminée : « La suspension d'emploi est un « adoucissement, une graduation de la mise en non-acti-
« vité ; elle assure à l'officier sa rentrée au service après « l'expiration de sa peine ; c'est en même temps une écono-
« mie pour l'État en ce que l'officier n'est pas remplacé « dans son emploi lorsqu'il est suspendu pour moins d'une
« année. » Cette distinction a été écrite dans le décret sur le service intérieur des troupes où elle figure toujours.

La loi ne définit pas les causes qui peuvent motiver le retrait ou la suspension d'emploi. Le colonel Paixhans citait, dans son rapport, l'inconduite et l'incapacité ; des circulaires ont énuméré certaines fautes et fait remarquer qu'elles sont moins graves que celles qui entraînent la mise en réforme ; mais il ne faut y voir que des instructions adressées aux autorités militaires, ne restreignant en rien la liberté d'appréciation de l'autorité exécutive. Il n'est même pas nécessaire qu'il y ait eu faute ! Quand les princes de la famille d'Orléans furent mis en non-activité en 1883, la décision était fondée uniquement sur des inconvénients éventuels pour la discipline, sur des possibilités..... ; interpellé au Sénat, le ministre de la Guerre put, en se maintenant sur le terrain de la loi, réfuter victorieusement les arguments présentés.

Le Gouvernement joint en cette matière d'un pouvoir discrétionnaire, mais sous réserve d'en faire un usage

conforme au but en vue duquel il le détient ; le Conseil d'État qui, jusqu'à ces dernières années, ne manquait jamais d'opposer le caractère discrétionnaire des actes d'exercice du pouvoir disciplinaire paraît, en effet, disposé à étendre à cette matière sa jurisprudence sur le détournement de pouvoirs (1).

Il y a cependant une circonstance dans laquelle la mise en non-activité est obligatoire : l'officier condamné par jugement à un emprisonnement de plus de six mois doit être suspendu de son emploi s'il n'est mis en réforme (Art. 27, Loi 19 mai 1834).

Aux termes de l'article 6, la mise en non-activité par retrait ou suspension d'emploi a lieu par décision du chef de l'État sur le rapport du ministre.

La loi n'exige pas la réunion d'un conseil d'enquête ; les conditions dans lesquelles fut voté l'article 6 font cependant foi que les Chambres avaient entendu donner cette garantie aux officiers.

Dès le début, deux partis s'étaient trouvés en présence, les uns combattant l'intervention de tout conseil comme portant atteinte à la prérogative royale, les autres réclamant cette garantie contre l'erreur ou l'arbitraire ; la Commission de la Chambre des Députés, examinant le deuxième projet de loi du Gouvernement, avait conclu

(1) Voir Sirey 1903 ; note sous un arrêt du 16 novembre 1900 (Maugras), annulant l'arrêté d'un maire révoquant un agent de police.

dans ce dernier sens. Quelques mois après, était rendue l'ordonnance du 2 novembre 1833. Le retrait d'emploi y était prévu comme une punition disciplinaire partagée en plusieurs degrés depuis la suspension pendant un an jusqu'à la réforme qui en est le retrait définitif; il ne pouvait être prononcé que par le roi, et après avis d'un conseil d'enquête.

Le nouveau projet présenté par le Gouvernement en 1834 chercha à concilier les opinions qui s'étaient manifestées en prévoyant que le roi prononcerait le retrait d'emploi sur la proposition du ministre, sans faire mention de conseils d'enquête, tandis que l'avis de ces conseils resterait nécessaire pour la mise en réforme.

Quand le projet vint en discussion à la Chambre, la nécessité de l'avis d'un conseil d'enquête pour prononcer un retrait d'emploi fut soutenue par plusieurs orateurs, tout au moins jusqu'au grade de capitaine inclusivement, puisque, jusqu'à ce grade, l'ancienneté créait des droits à l'avancement. M. de Ludre notamment, rappelant l'instabilité des ordonnances, demanda à la Chambre d'insérer dans la loi ce que le ministre avait jugé convenable d'inscrire dans l'ordonnance du 2 novembre 1833.

Le ministre de la Guerre combattit l'amendement pour la question de forme, tout en se déclarant d'accord au fond sur l'utilité des conseils d'enquête. Son argumentation reposait sur ce que le roi avait répondu, par avance, aux accusations d'arbitraire; les conseils d'enquête existaient, établis par une ordonnance, mais il fallait les y

laisser, et ne pas les transporter dans la loi, parce qu'ils ne prononcent que sur des fautes de discipline et que la loi ne doit connaître que des crimes et délits justiciables des conseils de guerre; cette distinction importait au respect de la prérogative royale. C'est sur cet engagement formel du Gouvernement que l'article 6 fut voté à la Chambre et ne fut pas modifié au Sénat.

Le maréchal Soult se trompait en promettant que l'ordonnance de 1833 serait plus durable que les autres. La loi une fois votée, la lettre ne tarda pas à prévaloir sur l'esprit.

Dans le cours de la discussion du reste du titre II, le caractère et le rôle des conseils d'enquête avaient considérablement changé. Quand le législateur, votant l'article 6, réclamait l'intervention des conseils d'enquête pour le retrait d'emploi, les conseils dont il s'agissait n'étaient que des organes d'instruction, formés à l'intérieur des corps de troupes, et donnant un avis destiné seulement à éclairer le roi qui restait libre de retirer ou non l'emploi; ils étaient régis par une simple ordonnance. C'étaient ces mêmes conseils qui, dans le projet du Gouvernement, devaient émettre un avis avant la mise en réforme d'un officier. Le législateur sous-entendait donc, pour la mise en non-activité, la formalité qui était écrite plus loin à l'article 12 pour la mise en réforme.

Lorsque l'article 12 vint en discussion, la Chambre accepta des amendements proposés dans le but généreux d'assurer plus solidement l'état de l'officier; elle décida que les conseils d'enquête seraient organisés par un règle-

ment d'administration publique et que leurs avis ne pourraient être modifiés que dans un sens favorable. Cette restriction imposée à la liberté d'appréciation du roi transformait complètement le rôle de ces conseils ; jamais le Gouvernement n'aurait accepté que son action fut entravée de la sorte pour le retrait d'emploi. Le seul article de la loi dans lequel il allait être question des conseils d'enquête leur donnait donc un caractère différent de celui qui avait été convenu à l'article 6 ; en outre, la loi, en exigeant un règlement d'administration publique, obligeait le Gouvernement à modifier l'ordonnance de 1833.

Dès le 18 septembre 1834, une ordonnance, prescrivant des mesures transitoires en attendant le règlement d'administration publique à intervenir sur les conseils d'enquête, définit dans quelle forme les autorités militaires devraient demander la mise en non-activité d'un officier ; les conseils d'enquête étaient remplacés par une série de rapports offrant des garanties sérieuses, à coup sûr, mais amoindries, et dont le ministre était trop facilement maître de s'affranchir. Aucun texte n'allait dans la suite revenir à la pensée du législateur (1).

L'ordonnance du 24 mai 1836 régla le fonctionnement

(1) En 1883 une proposition de loi fut déposée par M. Ribot et plusieurs de ses collègues en vue de donner aux officiers la garantie d'un conseil d'enquête en cas de retrait d'emploi ; le Gouvernement aurait conservé le pouvoir de prononcer seul la suspension d'emploi dans la limite d'une année. La proposition ne fut pas rapportée. (*Documents parlementaires*, Ch. des Députés 1883, n° 1733.)

des conseils d'enquête en s'en tenant au texte de la loi. La loi exigeait leur intervention pour la mise en réforme, et ne l'exigeait que pour cela; le rédacteur de l'ordonnance limita leur rôle dans cette mesure en précisant les seules questions qui pouvaient leur être posées; la mise en non-activité n'était pas du nombre.

Le Conseil d'État, s'appuyant sur les termes de la loi, a toujours consacré le pouvoir absolu du Gouvernement en matière de retrait d'emploi; il a toujours rejeté les recours fondés sur ce qu'un conseil d'enquête n'avait pas été réuni. (Frébault, 2 août 1851). La décision du chef de l'État seule est nécessaire, mais, depuis la loi du 22 avril 1905, elle doit être précédée de la communication à l'officier intéressé de son dossier.

Si un Conseil d'enquête a été réuni, l'officier ne saurait se prévaloir de ce qu'il aurait émis l'avis qu'il n'y avait pas lieu de le mettre en réforme (Epivent, 6 mai 1884; Mamet, 22 février 1907); on conçoit parfaitement qu'un fait soit insuffisant pour motiver une mise en réforme et que, cependant, l'auteur mérite une sanction disciplinaire moins grave.

Mais l'intéressé pourrait-il faire annuler la décision qui le met en non-activité en alléguant une irrégularité des opérations du conseil? Le Conseil d'État l'a admis dans un cas où, le conseil d'enquête ayant conclu à la mise en réforme, le ministre avait proposé au chef de l'État de se borner à placer l'officier en non-activité en s'appuyant sur

le dernier paragraphe de l'article 13 de la loi (20 novembre 1874, de Cosnac). Le Conseil d'État annula la décision parce qu'elle avait été prise en considération de l'avis du conseil d'enquête, et que l'officier ne saurait être privé du droit qu'il aurait eu, s'il avait été mis en réforme, de faire annuler la décision pour irrégularité dans les opérations de ce conseil (1).

Cet arrêt est évidemment empreint du grand esprit d'équité qui inspire la jurisprudence du Conseil d'État, mais il ne paraît pas à l'abri de toute critique : la mise en réforme aurait été entachée de nullité, à n'en pas douter, mais, du moment où elle n'était pas prononcée, il n'y avait à considérer que les conditions propres à la mesure moins grave qui était prise ; or l'article 6 n'exige aucune formalité pour placer un officier en non-activité. L'avis d'un conseil d'enquête, n'étant pas nécessaire, n'avait plus ici que la valeur d'un renseignement, d'un rapport quelconque. Quant au deuxième argument, il ne paraît pas sans danger : il est au moins curieux de constater que le Conseil d'État n'aurait pas pu le faire si le conseil d'enquête, jugeant l'officier moins coupable, avait conclu contre la mise en réforme. Quoi qu'il en soit, la portée de cet

(1) Le Conseil d'État admit même ce recours bien que formé après les délais dans lesquels la décision aurait dû être attaquée. L'officier avait été informé qu'il était placé en non-activité conformément à l'article 5 ; le Conseil d'État admit que le délai ne courait que du jour où l'intéressé avait appris que la mesure avait été prise par application de l'article 13.

arrêt se réduit à une question de forme ; il suffit que la décision soit prise sans viser l'avis émis par le conseil d'enquête pour qu'elle ne soit pas viciée par une irrégularité de la procédure.

Un verdict négatif d'un conseil de guerre ou un refus d'informer ne s'oppose pas à ce que l'officier soit mis en non-activité ; l'action disciplinaire est indépendante de l'action judiciaire.

Le ministre n'est pas tenu de faire insérer au *Journal officiel* les décisions prononçant des mises en non-activité ; en fait, des instructions prescrivent de ne donner aucune publicité aux mesures disciplinaires et de les notifier seulement à l'intéressé. Mais, si une insertion était faite, elle ne pourrait donner lieu à un recours contentieux de la part de l'officier qu'elle concerne (Frébault, 2 août 1851).

Situation des officiers en non-activité.

Les officiers en non-activité par suite de licenciement de corps, de suppression d'emploi ou de rentrée de captivité conservent leur rang d'ancienneté ; le temps passé dans cette position leur est compté pour les droits à l'avancement, au commandement, à la réforme et à la retraite. Ils reçoivent une solde égale à la moitié de la solde d'activité déchargée de tous accessoires.

Les officiers en non-activité pour infirmités temporaires

et par retrait ou suspension d'emploi perdent au contraire, leur rang d'ancienneté ; le temps passé en non activité ne leur compte que pour la réforme et la retraite, et même, s'ils ont été suspendus de leur emploi à la suite d'une condamnation, la durée de l'emprisonnement ne compte pas pour la retraite. La solde de non-activité est de la moitié de celle d'activité en cas d'infirmités temporaires (1), des deux cinquièmes seulement en cas de retrait ou de suspension d'emploi ; elle cesse toutefois totalement si l'officier est sorti de l'activité à la suite d'une condamnation à l'emprisonnement pendant la durée de sa détention.

La perte d'ancienneté résultant d'une mise en non-activité est définitive (9 avril 1875, Daniel) ; l'effet produit ne pourrait être annulé alors même que la mesure serait rapportée comme résultant d'une injustice ou d'une erreur. Un amendement avait été proposé dans ce but, mais il fut rejeté.

Dans l'armée de terre, les officiers en non-activité pour infirmités temporaires ou par retrait d'emploi sont remplacés dans les cadres, les officiers suspendus ne le sont que si la durée de leur peine est d'au moins une année ; la loi prescrit au contraire que, dans l'armée de mer, la mise en non-activité n'ouvre aucune vacance (Art. 22, § 2).

Du fait que son ancienneté cesse de s'accroître, l'officier cesse de figurer sur la liste d'ancienneté dès sa mise en

(1) Dans les différents cas où la solde de non-activité est égale à la moitié de celle d'activité, elle est portée aux trois cinquièmes pour les lieutenants et sous-lieutenants.

non-activité pour infirmités temporaires ou par retrait ou suspension d'emploi. Cet effet de la mise en non-activité offre un intérêt particulier, lorsque l'officier est le plus ancien de son grade. Dans l'armée de terre, aucune difficulté ne se présente puisque l'officier est remplacé dans les cadres ; nous avons rencontré, précisément, le cas d'un officier placé en non-activité *in extremis* pour l'empêcher d'être promu (Labussière, 2 juin 1876). Dans l'armée de mer, l'officier n'étant pas remplacé, on s'était demandé s'il perdait immédiatement ses droits à l'avancement ou s'il pouvait se prévaloir de son ancienneté tant qu'elle restait supérieure à celle des officiers qui le suivaient. Le Conseil d'État consulté émis l'avis que les dispositions, spéciales à l'armée de mer, du deuxième paragraphe de l'article 24 de la loi de 1834 ne modifient pas la règle tirée des principes d'après laquelle, dès sa mise en non-activité, l'officier cesse de figurer sur la liste d'ancienneté et de pouvoir être avancé à l'ancienneté (Avis de la section Finances..... 18-25 février 1903).

Les officiers en non-activité sont dégagés des obligations inhérentes au service actif mais restent soumis aux règles générales de subordination. Ils ne peuvent recevoir leur solde que dans le lieu où ils ont été autorisés à fixer leur résidence : de là résulte l'obligation de résider dans la ville assignée par le ministre et la défense de s'en absenter sans autorisation ; la sanction de cette obligation est la privation de la solde pour le temps pendant lequel

l'officier s'est trouvé dans une position irrégulière (Arnous Rivière, 2 mai 1866).

Les officiers en non-activité sont soumis à des inspections périodiques de l'autorité militaire ; ils conservent le droit au port de l'uniforme à l'exception des officiers sortis d'activité par suite de retrait ou de suspension d'emploi qui ne peuvent revêtir la tenue militaire que dans les circonstances de service où ils sont convoqués.

Cessation de la non-activité.

La non-activité peut cesser par le rappel à l'activité, la mise en réforme ou l'admission à la retraite.

L'officier en non-activité peut être mis en réforme ou admis à la retraite dans les mêmes conditions ou pour les mêmes causes qu'un officier en activité. Il peut, en outre, être mis en réforme lorsqu'à la suite de trois années passées en non-activité, il est reconnu non susceptible d'être rappelé à l'activité.

Il existe, de même, une condition d'admission à la retraite particulière aux officiers en non-activité. Un officier qui, normalement, n'aurait droit à la retraite qu'après trente ans de service, peut y être admis après vingt-cinq ans lorsqu'il est en non-activité pour infirmités temporaire et est reconnu non susceptible d'être rappelé à l'activité.

Nous examinerons ces deux circonstances particulières

en étudiant les conditions de mise en réforme ou d'admission à la retraite ; nous ne parlerons ici que du rappel à l'activité.

Le rappel à l'activité des officiers en non-activité provoque un conflit d'intérêts toutes les fois que les cadres sont complets. Ces officiers ne peuvent être remis au service que dans la limite des vacances qui se produisent dans leur grade ; ils se présentent, par suite, à ces emplois en concours avec les officiers de grade inférieur dont l'avancement ne saurait être arrêté. Il fallait concilier les espérances en jeu en tenant compte, notamment, de ce que l'accès à certains grades est réservé en partie à l'ancienneté ; la loi de 1834 et l'ordonnance du 16 mars 1838 ont tenté de résoudre équitablement la question.

Le rappel à l'activité constitue un droit pour les officiers en non-activité par suite de licenciement de corps, suppression d'emploi, ou rentrée de captivité ; l'article 7 § 1 de la loi de 1834 dit qu'ils *sont appelés* à remplir la moitié des emplois de leur grade vacants dans l'arme à laquelle ils appartiennent. Le rappel à l'activité a lieu par décret ; jusqu'au grade de chef de bataillon, l'ordre de rappel est déterminé par la priorité de la date de la mise en non-activité et, à date égale, par l'ancienneté de grade ; les emplois de majors, lieutenants-colonels ou colonels, dévolus à la non-activité sont donnés au choix (Art. 162, ordon. 16 mars 1838).

Les officiers en non-activité pour infirmités temporaires ou par retrait ou suspension d'emploi ne tiennent, au con-

traire, de la loi aucun droit à cet égard ; l'article 8 dit seulement qu'ils sont susceptibles d'être remis en activité. Le rappel d'un officier reste donc subordonné à l'agrément du Gouvernement, soit que son état de santé ait été reconnu satisfaisant, soit qu'à l'occasion d'une inspection semestrielle, un inspecteur ait conclu à sa réintégration, soit qu'après trois années de non-activité, un conseil d'enquête ait conclu qu'il n'y avait pas lieu de le mettre en réforme. Dans les deux premiers cas, le ministre n'est pas lié par l'avis de ses subordonnés ; dans le troisième, on objecterait en vain que l'avis d'un conseil d'enquête ne peut être modifié qu'en faveur de l'officier ; le conseil d'enquête s'est prononcé sur l'opportunité de la mise en réforme, et non du rappel à l'activité. Un avis du Conseil d'État en date du 10 juin 1880 a consacré le droit du ministre de maintenir un officier dans la position de non-activité « aussi longtemps qu'il le juge utile dans l'intérêt de la discipline et de l'armée ».

Dans l'armée de mer, le rappel des officiers en non-activité est toujours possible puisqu'ils ne sont pas remplacés. Si l'intéressé a été suspendu, une simple décision ministérielle suffit lorsque la peine prend fin pour le remettre au service et constater le rang d'ancienneté qu'il doit prendre ; dans les autres cas, une décision présidentielle peut à tout moment réintégrer l'officier dans son emploi puisqu'il est resté vacant.

Dans l'armée de terre, les officiers en non-activité qui ont été remplacés dans les cadres ne peuvent y être réin-

tégrés que dans la mesure des vacances qui se produisent dans leur grade ; l'ordonnance de 1838 a fixé la part qui leur revient (Art. 164).

Les officiers en non-activité pour infirmités temporaires ou par suite de retrait ou suspension d'emploi ne peuvent être replacés dans les cadres tant qu'il y a des officiers en non-activité par suite de suppression d'emploi, licenciement de corps ou rentrée de captivité. Sous cette réserve, il peuvent être remis en activité jusqu'à concurrence du quart des vacances dans les grades de sous-lieutenant, lieutenant et capitaine. Le rappel a toujours lieu au choix et par décision présidentielle.

Lorsqu'il y a lieu, par exemple, de réintégrer un officier dans le grade de capitaine dont l'accès a lieu un tiers au choix et deux tiers à l'ancienneté, on fait un quatrième tour indépendant des trois autres. Cette façon de procéder offre l'avantage que les officiers en activité conservent entre eux la proportion ordinaire d'avancement au choix et à l'ancienneté, supportant tous également les conséquences d'une réintégration ; mais on a fait remarquer qu'elle aboutit à des conséquences contraires aux prescriptions de l'article 12 de loi du 14 avril 1832 puisqu'en réalité, sur 4 nominations, 2 seulement ont été données à l'ancienneté.

CHAPITRE IV

RÉFORME

La réforme est la position de l'officier sans emploi qui, n'étant plus susceptible d'être rappelé à l'activité, n'a pas de droits acquis à une pension de retraite (Art. 9).

L'officier se voit définitivement retirer toute aptitude à recevoir un emploi ; sa carrière est terminée avant qu'il ait droit à une pension de retraite. Il conserve son grade, il est vrai, mais privé de toutes ses prérogatives ; aussi la loi a-t-elle entouré la mise en réforme de garanties réelles, moins sérieuses certainement que celles dont est entourée la perte du grade, mais présentant cependant avec ces dernières une certaine analogie. La mesure n'est encourue que pour certaines causes limitativement prévues et ne peut être prononcée que sur l'avis conforme de commissions médicales ou d'un conseil d'enquête, sorte de jury d'honneur n'ayant aucun caractère judiciaire, mais n'en fonctionnant pas moins suivant des formes minutieusement déterminées.

La loi a divisé en deux catégories les causes de mise en réforme : infirmités incurables d'une part, mesure de

discipline de l'autre. Cette classification n'est pas heureuse parce qu'elle est fondée seulement sur une question de procédure, méconnaissant ainsi la seule distinction logique, celle qui se déduit des motifs, et donnant une notion trompeuse de la mesure de discipline. L'article 10 opposant le cas d'infirmités à la mesure de discipline, il semble que, dans la deuxième catégorie, l'officier aura toujours commis une faute alors qu'il n'en est rien, la prolongation au delà de trois ans de la position de non-activité visant aussi bien le cas d'infirmités temporaires que celui de retrait d'emploi.

Cette distinction défectueuse n'existait pas à l'origine ; le projet du Gouvernement énumérait dans un même article les infirmités incurables, certaines fautes que nous citerons plus loin et, enfin, la prolongation de la non-activité au delà de trois ans. Dans le premier cas, la mise en réforme avait lieu après constatation de l'incurabilité suivant les formes prescrites en matière d'admission à la retraite ; dans le cas des fautes entraînant directement la mise en réforme, cette mesure devrait être prononcée par le roi, après avis d'un conseil d'enquête si l'officier était en activité, sans avis s'il était en non-activité. Il en était de même dans le cas où la mise en réforme était motivée par la prolongation de la non-activité ; le roi devait prononcer seul.

Ce système était basé sur le rôle alors attribué aux conseils d'enquête. Ces conseils constituaient beaucoup moins des tribunaux ayant pour mission de se prononcer sur les

conséquences d'une faute que des juridiction d'instruction, fonctionnant à l'intérieur des corps de troupes, chargées de recueillir des renseignements sur les conditions dans lesquelles la faute avait été commise; l'opinion d'un conseil ne pouvait être demandée lorsqu'il s'agissait d'un officier en non-activité, puisqu'il n'appartenait à aucun corps.

La Chambre des Députés considéra que les garanties de ces conseils devaient être données aux officiers en non-activité, comme à ceux en activité, et opéra la division des causes de réforme en deux catégories, groupant tous les cas qui exigent l'intervention d'un conseil sous la dénomination regrettable de réforme « par mesure de discipline » (art. 10) ou « pour cause de discipline » (art. 12).

Nous étudierons distinctement le cas d'infirmités incurables, la mise en réforme directe à la suite des fautes prévues à l'article 12 ou d'une condamnation à l'emprisonnement, puis le cas de prolongation au delà de trois ans de la non-activité.

1° Réforme pour infirmités incurables.

Les infirmités incurables entraînent la mise en réforme lorsque l'officier qui en est atteint n'est pas dans les conditions exigées pour avoir droit à une pension de retraite (Art. 11).

Un examen rapide des conditions d'admission d'ouver-

ture du droit à pension de retraite permet de dégager dans quels cas l'article 11 peut recevoir son application.

Le droit à pension est acquis, au titre d'ancienneté, après vingt-cinq ou trente ans de service : dans ce cas, il n'y a pas place à appréciation ; l'officier ne saurait être mis en réforme. Ce droit existe également au bout de vingt-cinq ans de service en faveur de l'officier en non-activité pour infirmités temporaires et reconnu non susceptible d'être rappelé à l'activité (art. 2 de la loi du 25 juin 1861 et art. 1^{er} de la loi du 10 avril 1869). Lorsqu'un officier réunissant ce temps de service est atteint d'infirmités incurables, on ne procédera donc pas en pratique à sa mise en réforme ; des instructions ministérielles prescrivent, à juste titre, de le proposer pour la mise en non-activité de manière à le mettre en condition de bénéficier des dispositions des lois de 1861 ou 1869 (1).

Enfin un officier a droit à une pension de retraite, quelle que soit la durée de ses services, lorsqu'il est atteint d'infirmités graves et incurables et que ces infirmités sont reconnues provenir des fatigues ou dangers du service ; c'est de cette hypothèse qu'il faut rapprocher la cause de mise en réforme dont nous nous occupons ; la mesure à prendre à l'égard de l'officier dépend de l'origine des infirmités dont il est atteint.

L'incurabilité est constatée pour la mise en réforme dans les mêmes formes que pour l'admission à la retraite ;

(1) Article 113, instruction (Guerre) du 23 mars 1897.

ces formes sont définies par les ordonnances, portant règlement d'administration publique, des 2 juillet 1831 pour l'armée de terre et 26 janvier 1832 pour l'armée de mer.

La mise en réforme est prononcée par le chef de l'État.

Contrairement à ce que nous avons vu plus haut à propos de la mise en non-activité pour infirmités temporaires, les formes réglées par ces ordonnances s'imposent en matière de mise en réforme parce qu'elles ont été prescrites par la loi. Il était nécessaire qu'une garantie fut laissée à l'officier ; c'est dans leur observation qu'elle consiste, puisqu'il n'y a pas lieu à réunion d'un conseil d'enquête ; une décision prise en violation de ces formes serait entachée d'excès de pouvoir.

L'officier ne peut pas venir discuter devant le Conseil d'État l'avis émis sur son état de santé par les autorités médicales, mais il peut attaquer au fond la décision qui le met en réforme s'il prétend avoir droit à une pension de retraite en raison de l'origine de ces infirmités (5 février 1897, Martin ; 29 novembre 1889, Jonquières) ; il doit alors se pourvoir contre cette décision dans le délai légal. Il ne pourrait pas plus tard, au moment de la liquidation de son traitement de réforme, faire valoir qu'il y a eu erreur et qu'il avait droit à une pension de retraite ; le délai expiré, la décision est devenue définitive et l'officier, étant en réforme, ne peut obtenir que la pension ou le traitement afférent à cette position (Chevé, 10 mai 1878).

Il ne pourrait pas davantage, en cas d'aggravation de ses infirmités, demander une revision de la pension qui lui a été allouée (Escolle, 5 juillet 1878).

2° Réforme à la suite des fautes énumérées à l'article 12 ou d'une condamnation à l'emprisonnement de plus de six mois.

Un officier peut être mis en réforme directement pour l'un des motifs ci-après prévus par les articles 12 et 27 de la loi du 19 mai 1934 :

Inconduite habituelle ;

Fautes graves dans le service ou contre la discipline ;

Fautes contre l'honneur ;

Condamnation par jugement à un emprisonnement de plus de six mois.

Tandis qu'il laissait au Gouvernement une entière liberté pour apprécier les faits qui motivent la mise en non-activité par retrait ou suspension d'emploi, le législateur a tenu à définir lui-même les circonstances dans lesquelles une mesure aussi grave que la mise en réforme peut être prise par le chef de l'État contre un officier.

Les causes que nous venons d'indiquer s'appliquent aux officiers en activité et en non-activité et, pour les uns comme pour les autres, la mise en réforme ne peut être prononcée qu'après avis d'un conseil d'enquête.

Le cas d'une condamnation à un emprisonnement de

plus de six mois n'appelle aucune observation ; il en est de même de l'inconduite habituelle.

En ce qui concerne les fautes contre l'honneur, dans le service ou contre la discipline, on doit remarquer que, malgré l'emploi du pluriel, une seule faute suffit. Le projet du Gouvernement portait « fautes graves et répétées contre l'honneur et la discipline » ; le mot « répétées » fut supprimé sur l'observation qu'un officier ne peut rester au service après une faute contre l'honneur même unique.

L'incapacité ne figure pas comme cause distincte de mise en réforme. Elle était prévue dans le projet du Gouvernement. Le rapporteur à la Chambre Haute fit observer qu'un officier, traduit de ce chef devant un conseil d'enquête, perdrait toute autorité, quel que fut l'avis du conseil ; on objecta également que des pairs n'ont pas qualité pour décerner un brevet de cette nature et que, si l'incapacité est dangereuse, elle se manifeste par des actes permettant à un conseil de juger sur un fait positif. Le terme d'incapacité fut donc remplacé par « fautes graves dans le service ».

La mise en réforme, et c'est surtout ici qu'il importe de ne pas la perdre de vue, constitue une mesure disciplinaire ; même prononcée à la suite des fautes que nous venons de citer, elle n'a jamais, à aucun degré, le caractère d'une pénalité. Les fautes ou, plus généralement, les faits qui la motivent n'ont pas ordinairement de caractère

délictuel et, s'ils rentrent exceptionnellement dans des cas punis par les lois pénales, ce n'est jamais en tant qu'infractions qu'ils sont envisagés quand un officier est traduit devant un conseil d'enquête ; les conseils d'enquête constituent des jurys disciplinaires et non des tribunaux militaires.

De ce caractère dérivent de nombreuses conséquences.

L'action disciplinaire dévolue au ministre à l'effet de déférer un officier à un conseil d'enquête en vue de sa mise en réforme n'est soumise à aucune prescription ; elle peut s'exercer à raison de fautes commises et connues depuis longtemps, que ces fautes aient ou non donné lieu à une punition disciplinaire. Le Conseil d'État a été appelé presque simultanément à se prononcer sur les deux cas.

Dans une première espèce (Walsin Estherazy, 18 janvier 1901), le requérant réclamait contre sa mise en réforme parce qu'il n'avait été l'objet d'aucune punition de la part de ses supérieurs immédiats. Dans la deuxième affaire au contraire (27 décembre 1901, Mouchon), l'officier avait fait des arrêts de forteresse ; il opposait à la fois l'article 363 du Code d'instruction criminelle sur le non cumul des peines criminelles et correctionnelles et la disposition du décret sur le service intérieur (art. 302, D. 20 octobre 1892) d'après laquelle un officier ne peut être l'objet de plus d'une punition disciplinaire pour la même faute. Le conseil rejeta ses prétentions parce que ni les arrêts de forteresse ni la mise en réforme ne sont des pénalités et que, d'autre part, la réforme ne rentre pas

dans les punitions auxquelles se rapporte l'article du service intérieur.

La réforme peut même être prononcée pour des faits antérieurs à l'époque à laquelle l'intéressé a été placé sous le régime disciplinaire de la loi du 19 mai 1834 (Babin, 4 mai 1906); la situation de l'agent s'envisage au moment où la mesure est prise contre lui et non à celui où la faute a été commise, comme cela s'imposerait si la réforme était une peine sanctionnant une infraction.

Un officier ne saurait, non plus, tirer une fin de non recevoir de ce que les faits reprochés seraient de nature à motiver sa comparution devant un conseil de guerre (Pestel, 20 juin 1884; Otto, 17 janvier 1896); le ministre est libre de ne retenir le fait que comme une faute dans le service ou contre l'honneur susceptible de motiver l'envoi devant un conseil d'enquête (Babin, arrêt déjà cité).

L'indépendance des actions judiciaire et disciplinaire est telle qu'un officier, traduit devant un tribunal civil ou militaire, pourrait être mis ultérieurement en réforme alors même qu'il aurait été acquitté ou que les faits auraient été effacés, criminellement parlant, par l'effet d'une mesure d'amnistie (Menuet, 11 juillet 1884).

L'autorité de la chose jugée au criminel qui est attachée à la sentence ne lie en aucune façon les juges de l'action disciplinaire, pas même pour la qualification du fait. Le Conseil d'État l'a reconnu dans des circonstances particulièrement caractérisées. Un sous-officier traduit devant un conseil de guerre sous l'inculpation de faux et vol avait

été acquitté ; envoyé ensuite devant un conseil d'enquête, il avait été cassé. Il demandait l'annulation de sa cassation en se fondant sur ce que les faits à lui reprochés, s'ils pouvaient être considérés comme des fautes dans le service, ne constituaient pas des fautes contre l'honneur, ainsi que le conseil d'enquête les avait qualifiés contrairement au verdict d'acquiescement. Tout en reconnaissant que la juridiction administrative n'avait pas qualité pour apprécier les motifs de l'avis du conseil d'enquête, il soutenait qu'il lui appartenait de rechercher si les faits reprochés avaient pu recevoir la qualification que leur avait donnée le conseil. Le Conseil d'État déclara qu'en reconnaissant aux faits reprochés le caractère de fautes contre l'honneur, le conseil d'enquête n'avait fait qu'user du droit d'appréciation qui lui appartenait (30 mars 1906, Parly).

Il résulte aussi de ce que la mise en réforme n'est pas une peine, que le conseil d'enquête n'a pas à examiner si le comparant jouissait, ou jouit présentement, de ses facultés mentales. L'intéressé pourra présenter toutes les observations qu'il jugera convenables pour éclairer le conseil sur son état ; mais celui-ci n'en reste pas moins libre d'émettre l'avis qu'il y a lieu de placer l'officier en réforme, alors même qu'il serait patent que l'affaiblissement de ses facultés mentales était de nature à supprimer ou atténuer sa responsabilité (15 mars 1889, Vonner).

3^o *Réforme pour prolongation au delà de trois ans
de la position de non-activité.*

Un officier peut être mis en réforme lorsqu'après trois années passées dans la position de non-activité il est reconnu « *non susceptible d'être rappelé à l'activité* ». Sa garantie réside dans sa comparution devant un conseil d'enquête.

Cette disposition de la loi, étant conçue en termes absolument généraux, s'applique quelle que soit la cause de la non-activité, retrait d'emploi ou infirmités temporaires (Chauvin, 3 mars 1839).

Un officier dans cette dernière situation peut donc être mis en réforme sans que les infirmités dont il est atteint soient déclarées incurables ; il serait abusif que l'État fut obligé de le conserver indéfiniment en non-activité pour la seule raison que toute chance de guérison ne serait pas irrémédiablement perdue.

L'opinion contraire a été soutenue en se fondant sur ce que la section III oppose en deux paragraphes le cas d'infirmités et celui de mesure de discipline ; la prolongation de la non-activité, figurant dans le deuxième paragraphe à la suite des fautes dont nous avons déjà parlé, ne concernerait que la non-activité prononcée en raison de ces fautes. Il est hors de contestation que cette partie de la loi, bien conçue dans le projet du Gouverne-

ment, se trouve mal présentée par suite des modifications apportées au texte pendant la discussion, mais sa signification est certaine. Elle n'en reste pas moins sujette à de sérieuses critiques.

On a fait remarquer souvent qu'il y avait quelque inconvenance à traiter un officier malade de la même façon qu'un officier coupable d'une faute ; il y a là un argument de sentiment qui n'est pas à dédaigner, mais la véritable objection que l'on doit faire au système de la loi est que les conseils d'enquête ne sont pas qualifiés pour statuer sur un état de santé. Les membres du conseil sont éclairés, bien entendu, par l'appréciation des médecins qui auront visité l'officier, mais cela ne suffit pas pour qu'ils formulent leur avis en pleine connaissance de cause ; il serait préférable de laisser chacun responsable dans les limites de sa compétence. Les garanties de l'officier seraient plus simples et plus sûres si la procédure suivie était la même que dans le cas d'infirmités incurables ; les médecins, au lieu d'établir l'incurabilité, déclareraient seulement si l'officier est ou non susceptible d'être rappelé à l'activité.

On doit également conclure de la généralité des termes du dernier paragraphe de l'article 12 que, si la mise en réforme ne peut-être prononcée directement que pour une des fautes énumérées dans les trois premiers paragraphes, il n'est pas nécessaire, dans le cas de prolongation de non-activité, de se référer à l'une de ces fautes. Le conseil d'enquête n'a d'ailleurs pas à motiver sa sentence ; il donne

simplement un avis, à la façon d'un jury, sur les questions qui lui sont soumises. Or ces questions, qui sont prévues par le règlement sur le fonctionnement des conseils d'enquêtes, ont été rédigées en suivant exactement les termes de la loi ; tandis que, pour la mise en réforme immédiate, le conseil doit faire connaître si l'officier est dans le cas d'être mis en réforme pour telle faute....., dans le cas de prolongation de la non-activité, la question posée laisse les membres libres de fonder leur opinion sur tels éléments qu'ils voudront :

« M....., en non-activité { pour retrait d'emploi
ou pour infirmités temporaires
depuis plus de trois ans, est-il dans le cas d'être mis en
réforme comme n'étant pas susceptible d'être rappelé à
l'activité ? »

La possibilité de mettre un officier en réforme en cas de prolongation de la non-activité a donné lieu à une double difficulté d'interprétation de la loi : l'officier en non-activité doit-il être envoyé devant un conseil d'enquête au bout de trois ans ? S'il y est envoyé et que le conseil se prononce contre la mise en réforme, quels pouvoirs restent au ministre pour l'avenir ?

L'ordonnance du 24 mai 1836, le décret du 29 juin 1878 qui l'abrogeait, ainsi que les textes similaires pour l'armée de mer, décidaient qu'un officier doit-être envoyé devant un conseil d'enquête au bout de trois années passées en non-activité et faisaient dériver cette obligation de l'ar-

ticle 13 de la loi : « *Conformément à l'article 13 de la dite loi, tout officier qui est resté en non-activité pendant trois ans doit être envoyé devant un conseil d'enquête par le ministre.* »

Cette disposition n'ayant pas été reproduite dans le décret du 8 novembre 1903, la question se posa de savoir si l'obligation écrite dans les actes antérieures avait vraiment sa source dans la loi et, par suite, subsistait toujours bien que non répétée dans le nouveau règlement. Avant de rompre avec des errements aussi anciens, le ministre de la Guerre préféra se couvrir de l'autorité du Conseil d'État ; la Haute Assemblée émit l'avis que l'officier resté en non-activité pendant trois ans ne dispose d'aucune action ayant pour objet de le faire envoyer devant un conseil d'enquête (1).

La réponse ne pouvait faire doute. Un officier n'aurait, du reste, intérêt à demander son envoi devant ses pairs que si ceux-ci devaient émettre un avis sur son rappel à l'activité ; or nous avons vu qu'il en est rien. Il faut néanmoins reconnaître que l'interprétation qui a été donnée à la loi n'est pas conforme à l'esprit de ceux qui l'ont votée.

Le texte de l'article 6 avait été acceptée par les Chambres sur l'engagement pris par le ministre de la Guerre que la mise en non-activité ne serait prononcée que dans les conditions de l'ordonnance du 2 novembre 1833 ; comme,

(1) Avis du 18 avril 1903 des sections réunies des Finances, de la Guerre..... et de la Législation, de la Justice et des Affaires Étrangères.

d'après l'article 308 de cette ordonnance, le retrait d'emploi n'était proposé par les conseils d'enquête que pour une durée variant de un an à trois ans, après trois années de non-activité, l'officier aurait dû être envoyé devant un conseil d'enquête pour reconnaître s'il était ou non susceptible d'être rappelé à l'activité.

Tel était le système sous-entendu ; il aurait pu s'appliquer malgré les modifications apportées à l'article 13 et, notamment, l'adjonction de la disposition qui fait l'objet de son dernier paragraphe. L'officier n'aurait été mis en réforme que s'il avait été reconnu non susceptible d'être rappelé à l'activité ; en cas d'avis en sa faveur, il eut pu, il est vrai, être maintenu en non-activité puisque le Gouvernement restait libre, pour cette position, de ne pas suivre les conclusions du conseil d'enquête, mais l'intéressé pouvait escompter l'effet produit par cet avis sur le ministre.

En fait, l'officier n'a cependant perdu aucune garantie essentielle parce qu'il n'est pas nécessaire qu'il compare devant un conseil d'enquête pour que les autorités militaires soient tenues de statuer sur son cas. Les inspections périodiques auxquelles il est obligatoirement soumis donnent lieu à l'établissement de notes et de propositions, et fournissent, par suite, à ses chefs et au ministre l'occasion de connaître et d'apprécier sa situation ; aussi n'est-ce pas dans l'intérêt de l'officier que se pose la question de son envoi devant un conseil d'enquête, mais dans celui de l'État à qui il importe qu'un officier ne reste pas indéfiniment en non-activité sans être examiné en vue de

sa mise en réforme pour qu'il n'acquière pas, en quelque sorte clandestinement, droit à pension. Puisqu'un officier peut être envoyé devant un conseil d'enquête après trois ans de non-activité, rien ne s'oppose à ce qu'une règle de conduite dans ce sens soit fixée d'avance. Le règlement d'administration publique n'en contient plus, mais le ministre continue à s'imposer la même que par le passé ; à la suite de l'avis du Conseil d'État, une circulaire a prescrit de prendre les ordres du ministre au bout de trois années de non-activité.

Plus délicate est la question de savoir quels droits conserve le ministre vis-à-vis d'un officier maintenu en non-activité, au bout de trois années, à la suite du verdict d'un conseil d'enquête concluant qu'il n'y avait pas lieu de le mettre en réforme. Le Conseil d'État a émis l'avis que cet officier ne peut plus être traduit à nouveau devant un conseil d'enquête en vue de sa mise en réforme à raison de la prolongation de sa non-activité ; en ce qui touche spécialement l'officier en non-activité pour infirmités temporaires, l'avis ajoute qu'il pourra cependant être mis ultérieurement en réforme, si ses infirmités sont reconnues incurables, dans les formes prescrites par l'ordonnance du 2 juillet 1834, sans l'intervention d'un nouveau conseil d'enquête, à moins que l'officier, ayant atteint vingt-cinq ans de service dans la position de non-activité, il y ait lieu de lui appliquer les dispositions de l'article 2 de la loi du 25 juin 1861 (Avis du 40 juin 1880).

Ces conclusions présentent un intérêt considérable pour l'officier sorti de l'activité par retrait d'emploi : normalement il devrait être rappelé à l'activité ; s'il ne l'est pas, il aura, du moins, cette garantie que le ministre ne pourra pas aggraver ultérieurement sa situation. Elles conduisent malheureusement à des conséquences fâcheuses lorsqu'il s'agit d'un officier en non-activité pour infirmités ; si, dans la suite, cet officier demeure incapable d'être rappelé à l'activité, le ministre est obligé de le conserver en non-activité tant que ses infirmités ne seront pas reconnues incurables ou qu'il n'aura pas droit à une pension de retraite.

Le Conseil d'État s'appuie sur ce que l'avis d'un conseil d'enquête ne peut être modifié qu'en faveur de l'officier, et qu'aucune disposition de la loi n'autorise la réunion d'un deuxième conseil d'enquête. Nous nous demandons si, vraiment, cet avis n'exagère pas les garanties accordées par la loi.

Dans le projet du Gouvernement, un officier pouvait être mis en réforme à raison de la prolongation de la non-activité par le roi seul, pourvu qu'il fut reconnu non susceptible d'être rappelé à l'activité. La loi lui accordait dans les trois années une sorte de délai de grâce ; après ces trois années, le roi pouvait prononcer sa mise en réforme bien que ses infirmités ne fussent pas incurables ou qu'il ne fut pas coupable d'une des fautes prévues à l'article 12. Il est bien certain que le Gouvernement n'épuisait pas son pouvoir du fait qu'il maintenait l'officier en non-activité ; l'officier restait sous la menace

d'une réforme à tout moment ultérieur tant que se prolongeait sa situation.

En accordant aux officiers la garantie des conseils d'enquête, la loi n'a fait que transférer à un conseil le pouvoir d'appréciation qui, dans le projet, devait appartenir au roi seul. Le changement ne porte que sur une question de forme ; au fond, il n'en subsiste pas moins que, du fait que sa non-activité se prolonge, un officier peut être mis en réforme le jour où il est reconnu non susceptible d'être rappelé à l'activité. La garantie donnée à l'officier que l'avis d'un conseil d'enquête ne peut être modifié qu'en sa faveur n'est pas un obstacle à son envoi ultérieur devant un autre conseil ; la décision ne s'appuiera pas sur le premier avis, mais sur celui du deuxième conseil.

L'objection tirée du principe d'autorité de la chose jugée serait plus sérieuse, mais ce principe paraît sans application dans la circonstance puisque c'est la prolongation d'une situation, c'est-à-dire un élément qui se renouvelle chaque jour, qui motive la mise en réforme. La question posée est bien la même, mais elle correspond chaque fois à une situation différente ; l'identité de cause, que suppose la règle *non bis in idem*, fait ici défaut. Sans que l'officier se rende coupable d'une faute pouvant par elle-même motiver la mise en réforme, il peut, par son attitude, ne plus mériter une bienveillance qui lui avait été témoignée jusqu'alors ; en particulier, s'il est en non-activité pour infirmités temporaires, son état peut se modifier sans qu'il

soit possible de le déclarer incurable, et même sans que l'état s'aggrave, du fait qu'il se prolonge, la mise en réforme peut être justifiée alors qu'elle aurait paru prématurée au bout de trois ans.

Pour sortir de l'impasse à laquelle conduit l'avis du Conseil d'État, on a soutenu parfois qu'il fallait considérer chaque période de trois années de non-activité comme un fait nouveau permettant la réunion d'un nouveau conseil d'enquête. Cette solution serait séduisante, mais, il ne faut pas se le dissimuler, elle est absolument contraire aux conclusions de l'avis du 10 mai 1880 et on ne trouve dans la loi aucun argument pour l'appuyer. Ce n'est pas le fait de passer trois années en non-activité qui motive la mise en réforme, mais la prolongation au delà de trois ans de cette position; ou bien il faut reconnaître avec le Conseil d'État que les pouvoirs du ministre à l'égard de l'officier sont épuisés une fois qu'un conseil d'enquête s'est prononcé contre la mise en réforme, ou bien il faut admettre que, du fait de la prolongation de la non-activité, la situation de l'officier devient précaire, et qu'à tout moment le ministre peut l'envoyer devant un conseil d'enquête et prononcer sa mise en réforme si tel est l'avis du conseil. Toute interprétation intermédiaire paraît juridiquement inacceptable, mais il va sans dire que, dans la deuxième solution, le ministre pourrait s'imposer une règle de conduite et décider, par exemple, que les officiers ne sont envoyés devant un conseil d'enquête que tous les trois ans.

En fait, le conflit que nous venons d'envisager est né de ce que la question posée au conseil d'enquête est complexe : « *M..... est-il dans le cas d'être mis en réforme comme non susceptible d'être rappelé à l'activité ?* » Il en résulte une contradiction lorsqu'il s'agit d'un officier en non-activité pour infirmités temporaires, le conseil se prononçant contre la mise en réforme alors même que l'officier n'est pas présentement en état de reprendre du service.

Toute difficulté disparaîtrait si la question portait directement sur le point de savoir si l'officier est susceptible d'être rappelé à l'activité. Cette façon de poser la question serait beaucoup plus conforme aux texte de l'article 43 de la loi ; tandis que le premier paragraphe exige, dans le cas de fautes, l'avis du conseil sur la mise en réforme, le deuxième ne demande cet avis que sur la possibilité du rappel à l'activité. Le conseil d'enquête serait conduit à apprécier cette éventualité au moment présent et non dans l'avenir. Dans le cas où le conseil déclarerait l'officier susceptible d'être rappelé à l'activité, l'intéressé conserverait pour l'avenir le bénéfice du verdict le concernant ; il ne pourrait plus être envoyé ultérieurement devant un conseil d'enquête en vue de sa mise en réforme, alors même que le Gouvernement, usant de son droit, le maintiendrait en non-activité, mais, en fait, l'officier serait rappelé à l'activité s'il en était sorti par suite d'infirmités temporaires. Dans le cas d'une réponse négative, l'officier pourrait être mis en réforme ; le Gouvernement ne serait pas tenu de prononcer immédiatement cette mesure, mais l'officier res-

terait sous la menace d'une décision qui pourrait être prise à tout moment contre lui. Cette façon de procéder, rigoureusement conforme à la loi, aurait l'avantage de mieux concilier l'intérêt de l'État avec les droits de l'officier.

Conseils d'enquête.

En dehors du cas d'infirmités incurables, la mise en réforme ne peut donc être prononcée qu'après avis d'un conseil d'enquête.

L'article 13 de la loi laisse à un règlement d'administration publique le soin de déterminer « la composition et les formes » de ces conseils. Un parti important à la Chambre des Députés aurait voulu que cette matière fut réglée par la loi elle-même, s'appuyant sur ce que la Charte avait promis de placer l'état de l'officier sous un régime *légal*. Le Gouvernement opposa que, s'il en était ainsi, les conseils d'enquête auraient le caractère de tribunaux militaires et leur décision, celui d'une pénalité.

La Chambre se rallia finalement au système du règlement d'administration publique qui avait été proposé par le rapporteur et que le ministre acceptait. C'est, en effet, la meilleure solution ; le législateur n'aurait guère écrit que quelques dispositions de principe, les détails d'organisation ne pouvant être fixés que par voie réglementaire. Il n'y a, d'ailleurs, pas lieu de regretter la confiance que les Chambres placèrent dans le Gouvernement ; le Conseil d'État y aidant, les garanties que les officiers pouvaient

espérer leur furent généreusement accordées et le décret du 8 novembre 1903, actuellement en vigueur, marque à cet égard un progrès considérable sur les actes antérieurs (1).

La garantie des intéressés réside dans l'observation des formes prescrites par le règlement ; l'officier ne peut discuter au fond le verdict rendu par le jury, mais il peut déférer au Conseil d'État, pour excès de pouvoir, la décision qui le met en réforme et en obtenir l'annulation si le conseil a été composé irrégulièrement ou s'il a méconnu certaines règles. Le décret ne dit pas quelles sont celles des formes qui s'imposent, mais la jurisprudence du Conseil d'État s'est progressivement dégagée et est maintenant établie par de nombreux arrêts : on doit considérer comme chef de nullité la violation de toute règle prescrite dans l'intérêt de l'officier.

Nous n'examinerons pas la réglementation des conseils d'enquête dans ses détails ; nous allons seulement suivre leur fonctionnement pour faire ressortir les droits de la défense.

L'institution des conseils d'enquête, accueillie avec faveur, a toujours conservé la confiance des officiers. Leur intervention, loin d'entraver l'action disciplinaire du chef de l'État, en rend l'exercice plus réel et mieux assuré ;

(1) Dans l'armée de mer, la matière est toujours régie par un décret du 3 janvier 1884, mais un décret analogue à celui de la Guerre va aboutir prochainement.

couvert par le verdict d'un conseil, le Gouvernement peut prononcer à l'égard d'un officier une mesure aussi grave que la mise en réforme alors que, dans bien des cas, il n'aurait pas osé prendre d'autorité une telle décision dans la crainte de commettre une erreur ou d'être soupçonné d'arbitraire.

Il suffit, pour montrer la faveur qui s'attache à cette institution, de faire remarquer que, depuis quelques années, les fonctionnaires de tous ordres qui réclament protection demandent le bénéfice de dispositions analogues ; l'organisation de conseils de discipline comprenant un certain nombre de pairs de l'agent déféré et appelés à émettre un avis avant qu'une mesure disciplinaire ne puisse être prise tend chaque jour à se généraliser.

a) CONSTITUTION.

Les conseils d'enquête sont composés de cinq officiers dont deux au moins doivent appartenir au corps ou au service auquel appartient l'officier objet de l'enquête. Les membres sont désignés d'après le grade de cet officier ; les deux plus jeunes sont en principe de son grade mais doivent avoir une ancienneté supérieure.

Tout a été réglé de manière à ne laisser aucune place à l'arbitraire. Le décret définit la région où le conseil doit être constitué, l'ordre dans lequel les officiers sont appelés à en faire partie, les dérogations permises au tour de désignation quand un officier se trouve absent ou empê-

ché, ainsi qu'à la composition-type quand les circonstances y obligent pour pouvoir constituer le conseil.

En cette matière, la jurisprudence est d'une rigueur extrême et justifiée. L'avenir de l'officier est entre les mains de ses juges ; il est en droit d'exiger l'application stricte des règles établies pour sa protection.

Les erreurs de constitution sont rares, mais le Conseil d'État a été saisi souvent de pourvois dans des cas où le tour de désignation des membres n'avait pas été suivi par suite d'absence ou d'empêchement de l'officier qui aurait dû siéger (Lamarque, 28 mars 1885 ; général Hubert-Castex, 10 juillet 1891 ; Hinault, 7 août 1891). Le motif de l'absence ou de l'empêchement était souvent indiqué dans l'ordre de convocation du conseil, mais était-ce nécessaire, et, lorsque les raisons pour lesquelles un officier n'avait pas été désigné ne résultaient ni de cette pièce ni d'aucune autre du dossier, le ministre ne pouvait-il pas ultérieurement les justifier devant la juridiction contentieuse ?

Le décret du 8 novembre 1903 a coupé court désormais à toute difficulté en précisant la forme à observer. Lorsque le tour d'un officier est passé, la cause de l'empêchement doit être mentionnée dans la décision qui constitue le conseil (Art. 4 et 6) ; vainement une justification ultérieure serait donc produite. Mais il faut remarquer qu'en l'absence de disposition réglant le mode de constatation de l'empêchement, l'autorité qui constitue le conseil jouit à cet égard d'une entière liberté d'appréciation ; il n'appar-

tiendrait pas au Conseil d'État de discuter les motifs qui ont été allégués. En réalité tout se réduit à une question de forme.

Les empêchements s'apprécient au jour de la constitution du conseil ; la composition d'un conseil reste régulière alors que le motif pour lequel un officier n'a pas été désigné aurait cessé avant sa réunion (27 décembre 1901, Mouchon).

Le Conseil d'État a également admis qu'un officier promu entre la convocation et la réunion du conseil, et qui avait continué à exercer les fonctions de son ancien grade, avait siégé régulièrement dans un conseil auquel il avait été appelé comme titulaire de cet ancien grade (Amy, 16 août 1860). Les termes de l'article 1^{er} du décret sont cependant formels et il serait sage de ne plus se fier à cet arrêt ; à l'époque où il été rendu, les conseils étaient réunis dans le corps dont l'officier faisait partie et la fonction remplie avait un intérêt qu'elle n'offre plus depuis que les conseils sont formés dans des unités de commandement d'une plus grande étendue. Il semble de même qu'il y aurait lieu de reconstituer le conseil dans le cas, devenu bien invraisemblable par suite de la rapidité des communications, où un officier objet d'une enquête aurait été promu avant que la séance ait eu lieu ; si le Conseil d'État a jugé une fois autrement, c'est qu'en l'espèce, la promotion n'avait été connue qu'après la réunion du conseil (Lullier, 26 juin 1869).

L'article 7, modifié le 20 janvier 1909, établit certains cas de récusation légale à raison du degré de parenté ou d'alliance, ou parce qu'un officier aurait déjà émis un avis ou connu de l'affaire à certains titres bien définis, tels que membre d'un précédent conseil d'enquête ou d'un conseil de guerre, auteur de la plainte ou d'un rapport. Tandis que l'autorité militaire est seule juge des circonstances de fait qui empêchent un officier de siéger, le Conseil d'État a qualité, au contraire, pour apprécier ces empêchements de droit.

Les dispositions de cet article constituent des exceptions et doivent, par suite, être interprétées dans le sens le plus restrictif.

C'est ainsi que la circonstance qu'un officier a été entendu à titre de témoin à charge par un conseil d'enquête ne fait pas obstacle à ce qu'il fasse partie d'un nouveau conseil réuni pour connaître de la même affaire (5 août 1887, Le Cadre).

L'empêchement de siéger concernant l'auteur de la plainte ou du rapport spécial ne s'applique qu'au seul signataire de ces pièces. Les officiers d'un corps peuvent donc régulièrement faire partie d'un conseil réuni à la suite d'un rapport émanant de leur chef de corps et signé par lui seul (13 janvier 1893, Lupiac).

Le Conseil d'État a de même jugé qu'on ne doit pas considérer comme auteurs de la plainte, au sens de l'article 7 du décret, des officiers qui auraient établi un procès-verbal à la suite d'une enquête officieuse faite par leur

soin sur les faits reprochés à un de leurs collègues en vue de l'exclure de leurs réunions, alors même que ce procès-verbal aurait été transmis au ministre à l'appui du rapport spécial prévu par l'article 9 et signé par le colonel seul et aurait constitué la pièce fondamentale de l'instruction (19 janvier 1883, Lecoq).

L'énumération des cas d'empêchement est limitative; un conseil d'enquête a donc pu comprendre régulièrement des officiers qui avaient été mêlés à l'affaire et en avaient connu les détails (22 février 1895, Charrier).

b) PROCÉDURE.

L'envoi devant un conseil d'enquête n'a lieu que sur ordre du ministre (sauf quelques exceptions dans le cas où l'officier fait partie d'un corps d'opération ou est en service aux colonies).

Cet envoi est ordonné, en général, à la suite d'une plainte accompagnée d'un rapport émanant d'une autorité militaire déterminée, mais le ministre peut le prescrire d'office.

Autrefois, les officiers qui transmettaient la plainte devaient s'abstenir d'émettre une opinion qui aurait pu influencer les membres du conseil; le décret du 8 novembre 1903 oblige, au contraire et très justement, ces officiers à faire connaître leur opinion, mais ils ne pourront plus, dès lors, faire partie du conseil.

Les droits de l'officier doivent être envisagés à deux

points de vue, par analogie avec ceux de tout prévenu : Pour pouvoir présenter sa défense, un individu doit avoir connaissance des faits qui lui sont reprochés, des charges relevées contre lui; en outre, nul ne doit être condamné sans avoir été entendu, ou du moins, mis à même de se défendre. Bien que l'enquête ne soit pas une procédure judiciaire, ce double principe doit être respecté, car il repose sur des considérations élémentaires d'équité. Nous sommes donc conduits à distinguer dans la procédure deux phases, correspondant en quelque sorte à l'instruction et au jugement.

La première de ces phases va de l'ordre d'envoi à la réunion du conseil; on peut dire qu'elle n'existait pas avant le décret de 1903. Sous le régime des actes antérieurs, l'autorité qui constituait le conseil fixait en même temps la date de sa réunion, sans être tenue de laisser aucun intervalle; un rapporteur était désigné, dont le rôle personnel était nul; l'officier était informé de la date de la réunion, du nom du rapporteur et de l'objet de l'enquête; c'est dans ces conditions qu'il devait préparer sa défense.

La notification de l'objet de l'enquête était obligatoire (11 janvier 1851, Vanucci), mais pouvait être faite dans les termes les plus vagues; le Conseil d'État avait admis comme suffisant l'avis donné à l'intéressé que l'enquête porterait sur les faits qui lui avaient été reprochés depuis qu'il était officier, « pour lesquels des réprimandes et des « punitions lui avaient été infligées » (31 mai 1895, Brassel

Joly de Moret). Aucune disposition ne prescrivait la communication préalable à l'intéressé des pièces qui donnaient lieu à la convocation du conseil. L'officier pouvait demander que certaines personnes fussent entendues en sa faveur par le conseil ; elles étaient convoquées pour la séance. En somme, l'instruction toute entière se faisait en séance.

Le décret du 8 novembre 1903 a organisé au contraire une véritable instruction préparatoire confiée au rapporteur ; c'est seulement lorsqu'elle est terminée que la date de la réunion du conseil est fixée, et l'intéressé doit en être informé au moins huit jours à l'avance.

Dès que le conseil est constitué, l'officier reçoit notification de l'ordre d'envoi du ministre, de l'objet de l'enquête et de l'ordre de convocation émanant de l'autorité qui a constitué le conseil ; il sera ensuite tenu au courant de toute modification apportée dans sa composition.

Le rapporteur commence alors son instruction en donnant à l'officier communication du dossier de l'affaire ; c'est là une innovation d'une portée considérable. L'officier va donc pouvoir prendre connaissance en détail des charges relevées contre lui et se préparer d'avance à les discuter et à se disculper. Le dossier communiqué doit comprendre toutes les pièces qui auront été envoyées par le ministre ; ce sont ces mêmes pièces qui seront lues en séance et sur lesquelles le conseil formera son opinion ; il s'agit donc de savoir comment le ministre doit constituer ce dossier.

Pour que les garanties de l'officier soient complètes, il

faut que ce dossier soit composé avec la plus entière bonne foi ; il est malheureusement impossible d'édicter à cet égard des dispositions précises, et le décret parle en termes généraux du « *dossier de l'affaire et de toutes les pièces propres à éclairer le conseil* ».

Dans certains cas, l'article 10 indique quels renseignements doivent être fournis au conseil : s'il s'agit d'un officier en non-activité, les pièces doivent faire connaître les causes de sa mise en non-activité et les renseignements postérieurs obtenus sur sa conduite ou son état physique ; s'il s'agit d'un officier condamné à un emprisonnement de plus de six mois, une expédition du jugement doit faire partie du dossier. Mais, en dehors de ces quelques dispositions impératives, le ministre conserve le pouvoir d'apprécier les pièces qu'il y a lieu de produire. Le Conseil d'État l'a souvent reconnu ; il n'y aurait donc pas excès de pouvoir de la part du ministre à retirer du dossier certaines pièces, mêmes favorables à l'officier, pourvu, bien entendu, que le retrait ait lieu avant la transmission du dossier au président du conseil.

Dans le cas, par exemple, où un officier, mis en non-activité à la suite de la réunion d'un conseil d'enquête, est envoyé devant un deuxième conseil après trois années passées dans cette position ou même avant ce délai s'il se rend coupable de nouvelles fautes, le ministre peut invoquer devant le deuxième conseil les faits soumis au premier sans transmettre le dossier de ce conseil ni même le procès-verbal de la séance. Les deux conseils

sont indépendants : le ministre n'a pas à faire connaître au second ce qui s'est passé au premier, c'est à l'officier de citer, s'il le juge convenable, les témoins favorables qui ont comparu la première fois. Le Conseil d'État, s'appuyant sur les termes très généraux de l'article 10 du décret, n'y voit aucune atteinte aux droits de la défense (31 mai 1893, Brassel Joly de Moret) ; il semble cependant, précisément à cause des termes généraux de l'article, que, dans les cas de l'espèce, le Conseil d'État pourrait conclure dans un sens plus protecteur des intérêts des officiers. Il est difficile, dans bien des cas, de savoir exactement ce que doit comprendre le dossier, nous le reconnaissons, mais quand un officier a déjà été traduit devant un conseil d'enquête, surtout quand la deuxième affaire se rattache à la première, il semble que le dossier de la première affaire rentre bien dans la dénomination « toutes pièces propres à éclairer le conseil ». Dans ces circonstances, le conseil juge moins à raison des faits nouveaux que de l'ensemble de l'attitude de l'officier en cause ; il ne suffit pas de dire que les deux conseils sont indépendants et que le deuxième reprend en quelque sorte l'affaire *ab initio*, sans avoir égard à ce qui s'est passé antérieurement.

Il faut conclure de même que le ministre n'est pas obligé de communiquer le dossier judiciaire à un conseil d'enquête chargé d'émettre un avis sur la mise en réforme d'un officier contre lequel une instruction aurait été ouverte (Estherazy, 18 janvier 1901). Une expédition du

jugement devra parfois être produite ; l'officier a la faculté de citer devant le conseil d'enquête les témoins qui auront déjà déposé en sa faveur s'il pense que cette pièce ne contient pas des éléments suffisants pour permettre aux membres de former leur conviction.

L'officier, après avoir pris connaissance de son dossier, peut donner au rapporteur toutes explications ou lui remettre toutes pièces intéressant sa défense. Il désigne les personnes qu'il se propose de faire citer à sa décharge ; le rapporteur les appelle, ainsi que toutes autres qu'il juge utile d'entendre, ou les invite à fournir des renseignements par écrit. L'officier intéressé reçoit connaissance des dépositions des témoins pour qu'il puisse les discuter, puis le rapporteur dresse un procès-verbal résumant les explications de l'officier et les déclarations des témoins et, avant de le clore, invite l'officier à le signer.

Dans toute cette enquête, le rapporteur « doit faire
« preuve d'une impartialité absolue et rechercher avec le
« même soin tant ce qui peut être favorable à l'officier
« que ce qui peut confirmer la plainte portée contre lui,
« sans se départir à son égard de l'attitude bienveillante
« nécessaire pour que l'intimidation ne nuise pas à la
« défense » (1).

(1) Instruction du ministre de la Guerre sur l'application du décret du 8 novembre 1903.

L'enquête terminée, le rapporteur en consigne les résultats dans un rapport sans faire connaître son opinion. Le rôle du rapporteur s'écarte donc ici de celui d'un magistrat instructeur. Un juge d'instruction doit conclure, mais il ne peut plus concourir ensuite au jugement du prévenu contre lequel il a informé ; l'officier rapporteur près d'un conseil d'enquête est, au contraire, membre du conseil ; comme il n'y a pas besoin de conclusions puisque l'ordre de mise en jugement (disons ici : l'ordre d'envoi) est déjà donné, il est préférable que l'opinion des juges ne soit pas influencée à l'avance.

L'officier est libre de se faire assister d'un défenseur ; mais ce dernier ne prend la parole que devant le conseil et n'assiste pas aux interrogatoires de l'officier et des témoins. Il peut toutefois recevoir communication du dossier envoyé par le ministre ; quant au rapport du rapporteur, il ne doit être communiqué ni à l'officier ni à son défenseur.

Toute facilité doit être donnée à l'officier pour communiquer librement avec son défenseur ou pour faire citer des témoins mais cela ne s'oppose pas à ce que l'officier soit maintenu aux arrêts ; ce sera une question de fait que de savoir s'il y a eu atteinte aux droits de la défense (13 janvier 1893, Lupiac).

L'instruction préliminaire terminée, la date de la réunion du conseil peut être fixée ; les témoins sont convoqués d'office ou sur la demande de l'intéressé. La date de

la réunion et la liste des personnes citées doivent être notifiées à l'officier huit jours au moins à l'avance. Rien de tel ne figurait dans l'ancien décret et le Conseil d'État tenait une procédure pour régulière du fait que les témoins avaient été entendus par le conseil et que l'officier avait eu toute liberté pour les faire interroger et les contredire (Ducourneau, 6 mars 1896). La prescription nouvelle apparaît comme une formalité substantielle ; elle importe à la préparation de la défense.

Nous entrons maintenant dans la deuxième phase de la procédure.

A l'audience, le principe fondamental est qu'aucune accusation ne peut être portée hors de la présence de l'officier ou lui dûment appelé.

Les séances ont lieu à huis-clos ; le président donne lecture de certains articles propres à éclairer les membres du conseil sur les conséquences de la mesure dont l'officier est menacé.

Le rapporteur donne lecture de l'ordre de convocation, des pièces transmises par le ministre, puis de son rapport. Le fait que le rapporteur aurait omis de lire une des pièces communiquées par le ministre entraînerait la nullité des opérations (Fauchoux, 27 décembre 1878), à moins que l'officier n'ait renoncé de lui-même à user de son droit ; mais, alors même qu'une pièce n'est pas lue, le président doit en mentionner l'existence.

Suivant les dépositions des témoins (1) ; nous avons vu que la liste en a été arrêtée et notifiée à l'intéressé, mais il conserve le droit d'en appeler d'autres jusqu'à la réunion du conseil et le conseil devra les entendre ; une fois les débats commencés, une citation n'est plus possible qu'avec l'assentiment du président.

Le Conseil d'État s'est également arrêté à cette même limite pour déterminer jusqu'à quel moment le comparant peut produire des pièces pour sa défense. Une pièce n'est produite régulièrement que si elle est versée avant la réunion du conseil ; les pièces produites en cours de séance pourront être lues, mais elles ne font pas partie du dossier d'instruction (Sol. implicite Cons. d'État, 31 mai 1895) ; il ne sera pas nécessaire, par suite, de les joindre au procès-verbal.

Après l'audition des témoins, l'officier comparant présente ses observations lui-même ou par l'organe de son défenseur ; il doit avoir la parole le dernier.

Le conseil délibère ensuite hors de la présence de l'officier.

Le vote a lieu au scrutin secret par « oui » ou « non » sur une ou plusieurs des questions déterminées par le décret ; la majorité forme l'avis du conseil. Le conseil ne peut statuer que sur les faits qui lui ont été soumis et ne doit répondre qu'aux questions qui lui ont été posées ; la

(1) Lorsque la comparution a pour cause une prolongation de non-activité pour infirmités temporaires l'officier est examiné par des médecins militaires qui sont également entendus par le conseil.

jurisprudence ne laisse pas un conseil d'enquête étendre sa compétence au delà des faits dont il est saisi.

Le conseil statue à la façon d'un jury, sans avoir à motiver son vote. Il en résulte que la juridiction contentieuse n'a pas qualité pour apprécier les motifs de cet avis et ne saurait davantage rechercher si les faits ont pu recevoir la qualification qui leur a été donnée (Parly, arrêt déjà cité).

L'affaire n'est pas encore terminée. Le chef de l'État n'est pas tenu par l'avis émis par le conseil et peut le modifier en faveur de l'intéressé : il s'agit donc de lui donner les moyens de prendre sa décision en pleine connaissance de cause. A cet effet, l'avis du conseil est consigné dans un procès-verbal qui est signé par tous les membres et est ensuite transmis au ministre avec toutes les pièces à l'appui. La jurisprudence s'attache à l'exécution de ces prescriptions.

Dans l'intérêt de l'officier, le procès-verbal doit être fidèle ; il n'est pas indispensable qu'il soit signé séance tenante (6 mars 1896, Ducourneau), mais il semble se dégager de cet arrêt que les termes doivent, tout au moins, être arrêtées immédiatement ; ce serait une garantie de sincérité, mais le décret ne prescrit rien de tel.

Dans le cas où le conseil tient plusieurs séances, il n'est pas nécessaire qu'un procès-verbal spécial soit rédigé distinctement pour chacune d'elles. Un seul procès-verbal sera dressé et, s'il est fait usage du modèle imprimé, des

feuilles supplémentaires peuvent être rapportées; le Conseil d'État a reconnu que cette adjonction ne constitue pas une irrégularité lorsqu'il n'est pas établi que la feuille a été ajoutée après l'apposition des signatures des membres du conseil. (Pestel, 20 juin 1884; Estherazy, 18 janvier 1901.)

Il importe de même que le chef de l'État ait en mains tous les documents. Les pièces qui doivent être jointes au procès-verbal ne sont pas seulement celles que le ministre avait communiquées; ce sont toutes celles que l'officier a régulièrement produites et dont le conseil a pris connaissance. C'est dans ces conditions qu'une décision de mise en réforme a été annulée parce que le président avait rendu à l'officier, au lieu de les joindre au procès-verbal, des pièces justificatives que ce dernier avait fournies et dont lecture avait été donnée au conseil (8 août 1882, Pety). Mais cette prescription ne concerne que les pièces régulièrement produites; il n'y aurait pas nullité du fait qu'une pièce remise tardivement, même lue au conseil, n'aurait pas été jointe au procès-verbal (31 mai 1895, arrêt déjà cité). Nous avons dit plus haut à quel criterium le Conseil d'État s'arrête pour déterminer quand une pièce a été régulièrement produite.

Telles sont, dans leur ensemble, les mesures prescrites dans l'intérêt de l'officier; le décret comprend beaucoup de dispositions d'ordre purement réglementaire que nous n'avons pas citées parce qu'elles ne touchent pas aux droits

de la défense, considération à laquelle s'attache le Conseil d'État pour apprécier si une formalité prescrite est substantielle. La procédure ne serait pas viciée, par exemple, du fait qu'une notification, une convocation, émanerait d'une autorité autre que celle désignée à cet effet, du moment où l'irrégularité n'a pas puni au comparant (1). (7 août 1891, Hinault)

c) DÉCISION CONSÉCUTIVE.

Les conseils d'enquête ne rendent pas des arrêts, mais donnent seulement des avis. La garantie de l'officier n'aurait été qu'illusoire si le Gouvernement était resté maître de prendre telle décision qu'il entendait, comme le permettait le projet de loi. Lors de la discussion à la Chambre des Députés, M. de Tracy le fit remarquer et demanda de remplacer « avis » par « décision » ; cette modification, destinée à protéger l'officier, aurait eu aussi souvent des conséquences contraires à son intérêt en retirant au roi la faculté d'user de son « droit de grâce ». Le ministre de la Guerre proposa une solution éclectique qui réunit tous les suffrages : on ajouta à l'article 43 que les avis des conseils d'enquête ne peuvent être modifiés qu'en faveur de l'officier.

Aux termes de l'article 26 du décret du 8 novembre 1903,

(1) Le Conseil d'État a cependant vu un cas de nullité dans le fait que les membres du conseil avaient été désignés par une autorité qui n'avait pas qualité.

la décision prise à la suite de l'avis du conseil d'enquête est notifiée par écrit, avec l'avis émis par le conseil, à l'officier intéressé.

Si le conseil conclut contre la mise en réforme, cette mesure ne peut être prise, mais la garantie inscrite au dernier paragraphe de l'article 13 de la loi ne s'oppose pas à ce que l'officier soit placé ou maintenu en non-activité ; la question à laquelle a répondu le conseil est autre.

Quand le conseil conclut à la mise en réforme, le ministre peut proposer au chef de l'État de placer l'officier dans cette position ou en non-activité ; il conserve également la faculté de ne donner aucune suite à l'affaire.

L'application dans les limites légales de la mise en réforme ne peut donner lieu à recours contentieux ; elle ne peut être attaquée que par la voie de l'excès de pouvoir pour vice de forme. Une discussion au fond de l'avis émis ou de la décision prise n'est pas possible ; mais l'officier en cause pourrait attaquer au fond la décision qui le met en réforme s'il prétendait avoir droit à une pension de retraite en raison de la durée de ses services ou de l'origine de ses infirmités. Ainsi que nous l'avons dit à propos de la réforme pour infirmités incurables, il doit alors se pourvoir contre la décision elle-même ; il ne pourrait plus ensuite réclamer une pension de retraite, ni invoquer une aggravation de ses infirmités, pour demander une revision de la pension qui lui aurait été allouée (Lesage, 3 août 1877 ; Clarisse, 17 décembre 1897).

La notification de la décision prise fait courir le délai à l'expiration duquel elle devient définitive ; en y procédant par écrit, le Gouvernement se réserve un moyen de preuve. Elle mentionne l'avis du conseil que l'officier a intérêt à connaître puisque la décision en tire sa force. Il ne faudrait pas cependant considérer comme substantielles les formalités prescrites par l'article 26 ; postérieures à une décision prise régulièrement, elles n'ont pas une importance telle que leur inobservation ait pour effet de la vicier.

Aucun délai n'est imposé au ministre pour prendre sa décision ou en proposer une au chef de l'État ; il n'est donc pas obligé de donner suite immédiatement à la mise en réforme. Il peut, par exemple, accorder à l'officier un délai d'épreuve à l'expiration duquel il sera mis en réforme si sa conduite ne s'est pas amendée ou s'il n'est pas devenu apte à reprendre du service ; en agissant ainsi, le ministre use de bienveillance, tout en réservant ses droits pour l'avenir.

Faut-il s'engager davantage dans cette voie et admettre que le verdict du conseil reste définitivement acquis contre l'officier, ou bien le ministre épuise-t-il son droit en prenant une décision sans la subordonner à aucune condition ? Il semble dans l'esprit du règlement sur les conseils d'enquête que la décision doit suivre sans retard et qu'en ne se conformant pas à l'avis du conseil, le ministre perdrait le droit d'en faire usage ultérieurement. La pratique est en ce sens.

Il convient enfin d'examiner si la disposition de la loi du 22 avril 1905 relative à la communication du dossier impose au ministre une nouvelle formalité, ou s'il y a lieu de considérer que, l'officier ayant eu pleine connaissance des faits relevés contre lui et ayant été mis à même de produire ses moyens de défense, il a été satisfait aux prescriptions de la loi. Le Conseil d'État s'est prononcé dans ce dernier sens à propos de la révocation d'un greffier de justice de paix contre lequel une information judiciaire avait été ouverte (Parenteau, 27 décembre 1907).

Il n'est pas douteux que, si la loi est appliquée dans ses termes, l'intéressé doit être mis à même de prendre connaissance de ses notes et tous autres documents composant son dossier. Sans même donner cette portée à la loi, il semble nécessaire de communiquer à nouveau à l'officier le dossier de l'enquête parce qu'il contient des pièces dont il n'a pas eu connaissance, ne serait-ce que le procès-verbal de la séance : le Conseil d'État a annulé pour défaut de cette formalité une décision plaçant un officier en non-activité à la suite de la réunion d'un conseil d'enquête ; la mesure, étant indépendante de la sentence du conseil, n'aurait pas dû être prise sans avoir été précédée de la communication du dossier tel qu'il se comportait à ce moment (Mamet, 22 février 1907).

La question de la communication du dossier se pose toutes les fois que la mise en réforme ou la non-activité est motivée par une cause autre que l'état de santé de l'officier ; mais il semble que malgré l'expression « mesure de

discipline » employée par l'article 10 de la loi de 1834, on ne doit pas considérer comme une mesure disciplinaire, au sens de la loi du 22 avril 1905, la décision qui place un officier en réforme en cas de prolongation de la position de non-activité pour infirmités temporaires. Le Conseil d'État dira s'il convient, au contraire, de s'attacher plus étroitement aux mots.

Avant d'en finir avec ce sujet, nous devons nous demander ce que le ministre devrait faire s'il s'apercevait que la procédure d'un conseil d'enquête est entachée d'irrégularité.

L'article 7, en disposant qu'un officier ayant fait partie d'un conseil d'enquête ne peut siéger dans un deuxième conseil appelé à connaître de la même affaire, implique la possibilité de faire procéder à une nouvelle enquête lorsque les opérations d'une première ont été annulées. Ce cas se présentera lorsqu'à la suite d'un recours contentieux, le Conseil d'État aura annulé pour vice de forme la décision prise à l'égard d'un officier ; le ministre peut traduire cet officier devant un nouveau conseil d'enquête.

Mais le ministre peut-il annuler de lui-même les opérations d'un conseil et en convoquer un deuxième indépendamment de tout recours de l'intéressé, recours qui ne peut être formé que contre la décision consécutive puisque les opérations d'un conseil d'enquête, ne portant par elles-mêmes aucun préjudice, ne peuvent être attaquées directement ?

L'annulation d'une procédure est une décision bien

grave pour pouvoir se déduire incidemment d'un article se rapportant à une question différente, et une disposition expresse ne serait pas inutile dans le décret; il semble cependant que cette faculté doit être reconnue au ministre parce que, sans elle, il n'existerait pas de moyen de prononcer la réforme sans commettre une illégalité. L'officier ne reste pas sans recours devant cette mesure; le deuxième conseil conclut à la mise en réforme, l'officier intéressé pourra déférer au Conseil d'État la décision qui sera prise à son égard; cette assemblée examinera les opérations du premier conseil et appréciera si elles donnaient prise à des critiques de nature à motiver l'annulation prononcée par le ministre.

Situation de l'officier en réforme.

La caractéristique de la position de réforme est qu'elle est définitive; l'emploi est à jamais retiré. La décision peut motiver un recours contentieux et être annulée quand elle a été prise irrégulièrement, mais le chef de l'État n'a pas le pouvoir de la rapporter. Un recours gracieux serait vain alors même qu'il serait constant que la mise en réforme n'a pas été justifiée.

C'est le reproche capital qui a été adressé à cette position. « Tandis que l'ordre judiciaire offre le droit d'appel
« sur la forme et le fond, le sursis, la grâce, l'amnistie, la
« revision en cas d'erreur, la réhabilitation, rien de tout
« cela hors l'appel en la forme n'existe, aucune atténua-

« tion d'aucun degré dans le cas qui nous occupe. La conscience humaine répugne à l'irrévocabilité du châtiment..... » (1).

En 1903, le ministre de la Guerre avait déposé un projet de loi en vue d'autoriser, par décret spécial rendu en conseil des ministres, le rappel des officiers en réforme. La commission de l'armée adopta le principe au fond, mais amenda fortement le projet du Gouvernement en ce qui concernait la procédure à suivre et la condition qui serait faite à l'officier réintégré. Le projet fut rapporté mais ne vint pas en discussion (2).

L'officier réformé a droit à un traitement 'pourvu qu'il ait accompli le temps de service imposé par la loi de recrutement. S'il a moins de vingt ans de service, il reçoit une solde de réforme pendant un temps égal à la moitié de la durée de ses services effectifs ; s'il compte vingt ans ou plus de service, il a droit à une pension viagère mais non réversible sur sa veuve ou ses orphelins.

Cette solde et cette pension sont calculées sur le minimum de la pension de retraite du grade ; depuis la loi du 17 août 1879 le taux varie suivant que la mise en réforme

(1) Rapport fait au nom de la commission de l'armée sur le projet de loi déposé par le Gouvernement en vue de permettre la réintégration des officiers en réforme.

(2) Projet déposé à la Chambre des Députés (Séance du 16 janvier 1903) ; rapport au nom de la commission de l'armée déposé le 26 mars 1903.

a été prononcée par mesure de discipline ou pour infirmités, la prolongation de la non-activité étant rangée dans l'une ou l'autre catégorie suivant que l'officier a été mis dans cette position pour cause de discipline ou d'infirmités.

Le décret de concession de pension de réforme n'est en réalité qu'un acte d'exécution de la décision de mise en réforme ; c'est pour cette raison que l'officier n'est pas recevable à l'attaquer et à réclamer une pension de retraite. Du moment où il n'a pas fait tomber la décision qui le met en réforme, l'intéressé ne peut recevoir que le traitement afférent à la position dans laquelle il se trouve définitivement placé et, inversement, ce traitement ne peut plus lui être refusé. Le ministre opposerait en vain que la mise en réforme a été prononcée par erreur ; la décision du chef de l'État plaçant un officier dans cette situation lui reconnaît d'une manière définitive et irrévocable l'état d'officier ; elle fait obstacle à ce que le ministre puisse ensuite contester sa position et repousser sa demande de pension par le motif qu'une condamnation antérieure aurait entraîné la perte de son grade (Doineau, 5 mars 1875).

Le fait que l'officier en réforme ne peut plus être rappelé à l'activité conduit à une conséquence très remarquable au point de vue de sa situation par rapport à la loi sur le recrutement ; il ne peut pas être rappelé comme soldat dans la réserve ou dans l'armée territoriale puisque la

décision n'atteint que l'emploi et qu'il n'a pas perdu son grade; d'autre part il ne peut plus servir dans son grade puisque la définition même de la réforme s'y oppose.

Cet officier a cependant un moyen de sortir de cette situation; il n'a qu'à offrir la démission de son grade. Si le chef de l'État l'accepte, rien ne s'opposera plus à ce qu'il revienne sous les drapeaux (Avis du Conseil d'État, 23 mars 1904), mais il perdra le bénéfice de la solde ou pension qui était attachée à sa position.

L'officier placé en réforme ne peut plus être réintégré dans son grade à moins, bien entendu, d'une mesure spéciale prise à son égard par le législateur. Dans diverses circonstances, des officiers en réforme ont été rappelés par simple décret; ces mesures, prises parfois par erreur mais le plus souvent pour des raisons politiques, étaient illégales.

Pendant les événements de 1870, des officiers en réforme reprirent du service. Ces rappels effectués par erreur, dans l'ignorance où l'on était de la situation exacte de ces officiers, conservèrent un caractère provisoire; les officiers dans ce cas ne purent bénéficier des dispositions qui permettaient aux officiers démissionnaires de concourir pour l'avancement et d'être maintenus dans l'armée après la fin de la guerre (Allard, 20 décembre 1872).

Des officiers réformés furent également rappelés à l'activité par fausse application des décrets des 12 septembre et 14 novembre 1870. Ces actes, qui accordaient aux

militaires ayant *perdu* leur grade par suite des événements de 1851 le droit de le recouvrer sur leur demande, ne concernaient pas les officiers en réforme. Le Conseil d'État, persévérant dans sa jurisprudence sur le caractère irrévocablement acquis du grade, considéra, néanmoins, que le décret réintégrant un officier dans ces conditions avait pour effet définitif de le replacer dans les cadres de l'armée avec le grade et les conditions qui y étaient spécifiées, et que le ministre ne pouvait plus contester l'application qui lui avait été faite, même à tort, des décrets du gouvernement de la défense nationale.

CHAPITRE V

RETRAITE

L'article 14 de la loi de 1834 définit la retraite « *la position définitive de l'officier rendu à la vie civile et admis à la jouissance d'une pension conformément aux lois en vigueur* ». Comme la réforme, la retraite est une position définitive ; mais les deux situations diffèrent sur le point de l'existence du droit à pension chez l'officier en cause.

Les militaires sont soumis, en ce qui concerne les pensions, à un régime exceptionnellement favorable qui a toujours sa source dans les lois des 11 avril 1831 pour l'armée de terre et 18 avril de la même année pour l'armée de mer. Plusieurs lois sont intervenues depuis cette époque, notamment celles des 25 juin 1861 et 22 juin 1878 pour l'armée de terre, celles des 26 juin 1861, 10 avril 1869 et 5 août 1879 pour l'armée de mer ; mais, à part quelques dispositions sur le fonds même du droit, la plupart d'entre elles se rapportent surtout à la quotité de la pension et, à ce titre, sortent du cadre de notre étude.

L'admission à la retraite constitue un droit pour le mi-

litaire qui réunit les conditions prescrites pour recevoir une pension en vertu des lois ci-dessus. Il y a là une prérogative propre aux bénéficiaires de pensions militaires. Les fonctionnaires civils dont les pensions sont régies par la loi du 9 juin 1853 ne peuvent, au contraire, exiger la liquidation de leur pension si le ministre dont ils relèvent ne veut pas les admettre à faire valoir leurs droits à la retraite. Cette différence de régime tient à une disposition spéciale de cette dernière loi, et est, par suite, indépendante du statut de l'intéressé ; elle s'applique alors même qu'il serait placé disciplinairement sous le régime de la loi de 1834 comme le sont, avons-nous dit, les ingénieurs des poudres et salpêtres.

Laissant de côté ce cas exceptionnel de fonctionnaires ayant le bénéfice de la loi de 1834 et soumis en même temps au régime de la loi du 9 juin 1853, nous envisagerons dans la suite le droit à pension en nous plaçant dans les conditions des lois sur les pensions militaires.

Nous faisons également toute réserve en ce qui concerne les officiers indigènes ou étrangers.

Le droit à pension s'acquiert normalement dans deux conditions : pour ancienneté de service ou pour cause de blessures ou d'infirmités. Entre ces deux hypothèses, la loi du 25 juin 1861 (loi du 10 avril 1869 pour l'armée de mer) en a prévu une troisième : nous voulons parler du cas spécial de l'officier réunissant plus de vingt-cinq années de service et atteint d'infirmités. Cette hypothèse

constitué une véritable retraite pour ancienneté, mais dans des conditions de service plus faciles motivées par la situation de l'officier ; nous préférons cependant l'examiner séparément en raison des particularités de formes qui lui sont propres.

1° Retraite pour ancienneté de service.

Le droit à pension à titre d'ancienneté dépend uniquement de la durée des services (ordinairement trente ans, parfois vingt-cinq ans) ; aucune condition d'âge n'est exigée.

L'admission à la retraite peut avoir lieu sur la demande de l'intéressé par limite d'âge, ou d'office à tout moment.

a) RETRAITE SUR LA DEMANDE DE L'OFFICIER.

L'officier qui réunit le temps de service exigé peut demander la liquidation de sa pension.

En cours de carrière, un officier n'est pas recevable à soulever devant le Conseil d'État un litige relatif au décompte de ses services ; mais un officier qui aurait demandé son admission à la retraite pourrait former un recours contentieux contre la décision du ministre qui refuserait d'y faire droit et, s'il y avait contestation sur la

durée de ses services, porter à ce moment l'affaire au Conseil d'État.

L'officier qui demande à faire valoir ses droits à pension fixe le plus souvent la date à laquelle il désire être rayé des contrôles de l'activité, mais cette date ne s'impose pas au ministre. Le Conseil d'État n'y voit pas une modalité affectant la demande d'un caractère conditionnel; le fait que l'admission à la retraite serait prononcée à une date différente ne permettrait pas à l'intéressé de soutenir qu'il a été retraits d'office (Gallon, 16 mars 1894) (1).

En sens inverse, une admission à la retraite ne perdrait pas le caractère d'une retraite d'office du fait que l'intéressé aurait adressé une demande de liquidation de sa pension, si cette demande a été formulée sur invitation ou ordre de ses chefs (Bressaud, 17 juin 1898).

b) RETRAITE D'OFFICE.

Tout officier supérieur ou subalterne qui réunit les conditions pour être admis à la jouissance d'une pension

(1) Pour ne pas exagérer la portée de cet arrêt, il faut observer que le recours ne portait pas sur le droit d'admission à la retraite, mais seulement sur le taux de la pension. Le requérant avait intérêt à faire déclarer qu'il avait été admis à la retraite d'office en vue d'obtenir la pension de son grade bien que n'y comptant pas deux années; le Conseil d'État rejeta sa prétention parce qu'il n'aurait pas réuni davantage ces deux années de grade à la date à laquelle il avait demandé d'être rayé des contrôles de l'activité.

peut être mis à la retraite d'office par décision du chef de l'État.

La loi ne dit pas qui a qualité pour prendre cette mesure, mais, d'après un avis de la section des finances du 27 mai 1893, une décision du ministre serait insuffisante parce que la retraite est une position de l'officier.

Ce pouvoir du chef de l'État résulte de ce que l'emploi est à sa disposition ; aucune disposition législative ne lui impose l'obligation de maintenir en activité un officier qui a acquis droit à pension. La loi de 1834 a garanti l'officier contre la mise en réforme ; son silence est significatif en ce qui concerne l'admission à la retraite. Aucune formalité préalable n'est donc exigée.

Le Conseil d'État a jugé souvent qu'il n'y a pas lieu de traduire l'officier devant un conseil d'enquête ; les dispositions prescrites pour la mise en réforme sont ici sans application (27 avril 1841, Ducos ; 17 juin 1896, Julien..... ; 23 mars 1906, de Béville).

Un officier, jugé incapable de continuer ses services pour des raisons de santé, ne saurait pas davantage fonder un recours contre son admission à la retraite d'office à titre d'ancienneté de services sur ce qu'il n'aurait pas été soumis aux formalités prescrites par l'ordonnance du 2 juillet 1831 (Chauveau de Quercize, 2 août 1907). Ces formalités ne concernent que la justification du droit à pension pour cause d'infirmités et elles ne s'imposent que si l'intéressé prétend à une pension à ce titre en raison de l'origine de son affection.

Le ministre n'est obligé de consulter aucune autorité médicale ou militaire et, le cas échéant, ne serait pas tenu de suivre l'avis que ces autorités auraient émis. Les prescriptions ministérielles relatives à la constatation des infirmités ou aux propositions d'admission à la retraite que les commandants en chef auraient à formuler n'ont que la valeur d'instructions et leur inobservation ne peut entraîner la nullité de la mesure prise (Dumas, 30 juin 1853 ; de Givry, 15 novembre 1907).

La décision admettant d'office à la retraite un officier, autre qu'un officier général, est un acte de puissance publique contre lequel il n'existe pas de recours. Le Conseil d'État lui reconnaît ce caractère à un si haut degré qu'il ne voit pas une illégalité dans le fait qu'elle contiendrait une allégation fausse ; aucune justification n'étant nécessaire, un motif inexact ne pourrait être discuté, ni entraîner la nullité de la décision, car il n'en est pas le fondement légal. C'est ainsi que le Conseil d'État a refusé d'annuler des décisions indiquant à tort que la mise à la retraite était la conséquence d'une réduction de cadre (17 juin 1898, Le Grix), ou qu'elle était prononcée sur la demande de l'intéressé (28 juin 1907, Monod). Il n'y a ni vice de forme ni détournement de pouvoirs (1).

(1) Est-il besoin de faire remarquer que la loi du 30 mars 1888 (art. 22, § 2), en réservant à l'autorité législative le droit d'abaisser les limites d'âge fixées par les textes alors en vigueur, n'a pas eu pour effet de retirer au chef de l'État le pouvoir de prononcer des admissions prématurées à la retraite ? Il n'est pas possible de soutenir

Depuis quelques années cependant, la jurisprudence, puis la loi, ont accordé à l'officier certaines garanties, exclusivement de forme il est vrai, lorsque l'admission à la retraite est prononcée par mesure disciplinaire.

Dans un arrêt du 19 juin 1903 (Ledochowski), le Conseil d'État avait annulé, pour excès de pouvoir, une admission à la retraite parce que « *la décision était fondée sur des motifs qui lui donnaient le caractère d'une pénalité contre laquelle l'officier n'avait pas été admis régulièrement à présenter ses moyens de défense.* » Le Conseil d'État estimait donc que des garanties devaient être données à l'officier lorsque des motifs d'ordre disciplinaire étaient invoqués contre lui. Les pouvoirs du chef de l'État n'étaient du reste pas atteints par cette exigence nouvelle ; il restait libre de prendre telle décision qu'il jugeait convenable lorsque l'officier avait présenté sa défense. Bien plus, comme il n'est pas nécessaire que le rapport du ministre au chef de l'État soit motivé, la censure du Conseil d'État était facile à éviter ; le ministre n'avait qu'à s'abstenir d'y introduire toute considération.

La loi du 22 avril 1903 (art. 65), en accordant aux fonctionnaires droit à la communication de leur dossier avant qu'ils ne soient l'objet d'une mesure disciplinaire, a donné une base légale à cette jurisprudence et fait disparaître, en outre, le moyen de la tourner.

que la loi est ainsi tournée par mesure individuelle (17 juin 1898, Le Grix).

La situation des officiers n'en reste pas moins précaire dans l'armée de terre puisque la loi du 22 avril 1905 ne vise expressément qu'une hypothèse spéciale et qu'une admission à la retraite reste régulière, sans aucune formalité, « *alors qu'il ne résulte ni des termes de la décision, ni d'aucune pièce du dossier, qu'en prenant la mesure, le chef de l'État ait entendu prononcer une peine disciplinaire* » ; ce sont les termes mêmes des arrêts récents du Conseil d'État (Brisac, 22 novembre 1907 ; de Givry, 15 novembre 1907).

Dans l'armée de mer, les mêmes principes étaient en vigueur jusqu'à une époque toute récente : depuis quelques années, au contraire, les officiers ont une garantie des plus efficaces. Aucune mise à la retraite d'office ne peut être prononcée que sur la proposition des commandants en chef, des inspecteurs généraux, ou après avis motivé de la commission de classement.

Cette disposition, introduite pour la première fois en faveur des officiers de marine dans la loi du 10 juin 1896, a été étendue aux officiers des autres corps par la loi de finances du 31 mars 1903 (art. 55). Pour en définir la portée, nous allons rappeler dans quelle condition elle fut inscrite dans la loi. La Chambre des Députés avait abaissé les limites d'âge, en considération de l'activité physique qu'exige le service à la mer ; la commission de la Marine au Sénat estimait qu'une mesure générale de cette nature n'était pas nécessaire, rappelant que le ministre avait tou-

jours la faculté d'admettre à la retraite les officiers vieilliss prématurément. Afin que ce droit ne fut pas contesté, le rapporteur, M. Godin, proposa de l'inscrire à l'article 8 : « Peuvent être admis d'office à la retraite..... les officiers qui..... ne seraient plus en état de remplir le service à la mer. » En même temps, l'article 8 était complété par deux paragraphes ayant pour but de garantir les officiers contre l'arbitraire d'une décision émanant du ministre seul.

Examinons successivement ces deux dispositions.

La première a provoqué une discussion sur le fond même du droit d'admission anticipée à la retraite. On a soutenu que le deuxième paragraphe de l'article 8 avait eu pour effet de restreindre ce droit au seul cas où l'officier ne serait plus en état de servir à la mer. La question a été soulevée à l'occasion de l'admission à la retraite de plusieurs officiers en 1898 sur l'avis de la commission de classement.

Neuf de ces officiers déférèrent la décision présidentielle au Conseil d'État en la déclarant entachée d'excès de pouvoir à un triple point de vue :

1^o La commission de classement avait fonctionné irrégulièrement. L'avis avait été délibéré directement par la commission du deuxième degré alors qu'à cette époque la commission de classement comprenait « une commission à deux degrés », la commission du deuxième degré ne délibérant que sur les titres des officiers qui lui étaient présentés par celle du premier degré.

2^o L'avis n'était pas motivé.

3^e La loi du 10 juin 1896 aurait voulu supprimer les abaisséments arbitraires de limite d'âge et restreindre la faculté de prononcer des mises à la retraite d'office aux seuls cas d'incapacité de servir à la mer. En déférant des officiers à la commission de classement parce qu'ils n'avaient pas de proposition d'avancement, le ministre aurait usé des pouvoirs conférés par la loi dans un but autre que celui qu'avait prévu le législateur et commis un détournement de pouvoirs (1).

Le Conseil d'État annula la décision parce que la commission du premier degré n'avait pas statué, — qu'au surplus l'avis de la commission du deuxième degré n'était pas motivé et qu'on n'alléguait même pas l'incapacité de servir à la mer (2). Les autres moyens n'étaient pas examinés parce qu'il n'y avait pas besoin d'y recourir (Arrêt du 24 février 1899, Viaud et autres.....).

Laissons de côté le premier chef de nullité, que nous retrouverons plus loin. Les officiers qui s'étaient pourvus devant le Conseil d'État prétendaient que la commission

(1) Le ministre avait décidé de déférer chaque année à la commission de classement, en vue de l'examen de leurs services antérieurs et de ceux qu'on pouvait en attendre dans la suite, les capitaines de frégate et les lieutenants de vaisseau qui atteignaient une certaine ancienneté de grade sans avoir obtenu de proposition pour le grade supérieur.

(2) Cette conclusion surabondante du Conseil d'État dérivait d'un malentendu. La commission avait motivé son vote à l'égard de chaque officier sur son inaptitude à servir à la mer, mais le ministre, dans ses observations sur le mérite du recours, avait omis de le faire remarquer.

de classement devait « déclarer l'officier hors d'état de remplir le service à la mer et en donner le motif » (Mémoire ampliatif pour M. Poulain de Saint-Père, p. 14); toutefois, ces mêmes mémoires reconnaissaient la nécessité de réserver le pouvoir disciplinaire du ministre. Comme ils y trouvaient un obstacle dans l'interprétation qu'ils donnaient à la loi du 10 juin 1896, ils en étaient réduits à faire appel à la loi de 1834. « La loi de 1896, disaient-ils, a voulu
« donner cette garantie qu'en dehors des faits de discipli-
« pline régis encore aujourd'hui par les lois des 19 mai
« 1834 et 17 août 1879, l'officier ne serait frappé d'une
« retraite anticipée qu'au cas d'incapacité de remplir le
« service à la mer ».

L'erreur est manifeste ; la loi de 1834 ne fait allusion à des faits de discipline qu'au point de vue de la mise en réforme et non du droit d'admission anticipée à la retraite qui dérive, au contraire, du silence des textes, tant dans le cas de faute que d'inaptitude. Si les officiers des différents corps de la marine peuvent toujours être admis à la retraite à titre de mesure disciplinaire, c'est que le deuxième paragraphe de l'article 8 n'a pas la portée exclusive qu'on lui donne.

Nous n'hésitons pas à reconnaître que la rédaction de la loi prête à critique : en prévoyant une cause d'admission à la retraite, la loi paraît exclure les autres. Ce raisonnement serait invincible s'il s'était agi de créer un droit nouveau ; mais le droit existait déjà, et le Sénat n'a pas eu l'idée de le restreindre ; il a seulement voulu l'assurer dans un cas où il aurait pu être contesté. Le rap-

porteur n'avait en vue que cette hypothèse quand il écrivait que la commission avait cru devoir préciser dans la loi les termes du droit du ministre.

Le projet de loi revint à la Chambre des Députés. Nous trouvons l'interprétation qui y fut donnée à l'article 8 dans le rapport de M. Le Myre de Villers : « Dans le quatrième « paragraphe du même article, le Sénat tranche la grave « question des retraites anticipées imposées d'office. On « avait prétendu que, le grade appartenant à l'officier, le « pouvoir exécutif ne pouvait plus l'en priver qu'en cas « d'absolue impossibilité de remplir sa fonction. Désor- « mais, le ministre a le droit incontestable d'imposer la « retraite d'office aussi bien pour motifs de santé que pour « raisons de discipline en entourant cette mesure de for- « malités protectrices » (1). ■

Ces commentaires donnent à l'article 8 toute sa signification ; le quatrième paragraphe accorde des garanties de forme, mais le deuxième paragraphe ne porte pas atteinte au fond du droit. Une mise à la retraite peut être prononcée en vertu du deuxième paragraphe du seul fait d'incapacité physique ou d'incapacité, comme elle peut toujours l'être, en vertu des principes généraux, pour des raisons de discipline. Ce sont là deux causes extrêmes entre lesquelles prennent place toutes les hypothèses qui peuvent se présenter et qui font que, suivant les circonstances, un

(1) Documents parlementaires : Chambre des Députés, 15 mars 1894.

motif d'admission à la retraite affecte plus ou moins l'un ou l'autre caractère.

Nous pouvons même dire que cette conclusion s'impose en présence de la rédaction de l'avant-dernier paragraphe de l'article. Si l'inaptitude au service à la mer était la seule cause d'admission à la retraite, la loi serait imparfaite parce que sans sanction. Les propositions des commandants en chef et des inspecteurs généraux n'étant pas nécessairement motivées, le Conseil d'Etat n'aurait pas, en cas de recours, la possibilité de vérifier si la loi a été correctement appliquée. Comme il ne lui appartient pas de discuter au fond les causes d'une admission à la retraite, il doit trouver dans le texte même de la décision ou dans une autre pièce du dossier la preuve de la régularité de l'acte ; or ici une formule catégorique fera défaut. Les partisans de l'interprétation exclusive sentent bien la force de cette objection ; aussi exigent-ils que toute proposition d'admission à la retraite soit suivie de la mention « pour inaptitude au service à la mer ». En ce faisant, ils vont au delà de la loi.

Nous nous refusons à admettre qu'un commandant en chef qui formule une proposition d'admission à la retraite à raison d'un fait d'inconduite ou d'indiscipline soit obligé de la fonder sur l'inaptitude au service à la mer ; le législateur ne demande pas aux officiers généraux de se prêter à des subtilités de ce genre (1).

(1) Cette interprétation de la loi conduit à des conséquences encore

Le Conseil d'État n'a pas eu l'occasion de se prononcer d'une façon catégorique sur cette importante question. Dans l'arrêt du 24 février 1899 que nous avons cité, on lit dans les considérants que « l'avis de la commission de classement n'était pas motivé et qu'on n'alléguait même pas l'incapacité de servir à la mer ». Est-ce à dire que cette allégation aurait pu tenir lieu de motif, ou bien eût-il fallu qu'indépendamment du motif, l'incapacité de servir à la mer fût déclarée? Nous en sommes réduits à des conjectures, mais reconnaissons que c'est la deuxième interprétation qui, au début, a recueilli le plus d'adhésions.

Depuis cette époque un seul arrêt a été rendu en matière d'admission à la retraite d'office (30 novembre 1900) ; mais, dans la circonstance, la proposition formulée se basait sur l'incapacité de servir à la mer et le litige ne portait pas sur ce point.

Voyons maintenant les formes exigées par les deux derniers paragraphes de l'article 8.

Une mise à la retraite ne peut être prononcée que sur

plus extraordinaires depuis que les dispositions de l'article 8 de la loi du 10 juin 1896 ont été étendues aux officiers de tous les corps de la marine. Certains d'entre eux, tels que les administrateurs de l'inscription maritime, les agents du personnel administratif, ne servent qu'à terre.

Les partisans de l'opinion dans laquelle l'article 8 impose des conditions de fond à côté des garanties de forme se voient acculés à conclure que, même pour ces personnels, la proposition doit mentionner que l'officier n'est plus apte à servir la mer.

la proposition d'un commandant en chef, ou des inspecteurs généraux de la Marine, ou après avis motivé de la commission de classement. La sanction de ces formes est l'annulation pour excès de pouvoir.

La loi ne définit pas dans quelles conditions les commandants en chef doivent formuler les propositions de cette nature et n'ordonne pas davantage de définir ces conditions dans un acte dont le respect s'imposerait ensuite au Gouvernement parce que les formes ainsi réglées seraient, en quelque sorte, prescrites par la loi. Un commandant en chef peut donc proposer une admission à la retraite à toute époque ; il n'est pas nécessaire que ce soit à l'occasion de l'établissement réglementaire des notes ; une proposition peut être faite simplement dans un rapport spécial et émaner d'une autorité sous les ordres de laquelle l'officier se trouve momentanément, alors même qu'elle n'aurait pas qualité pour le noter dans les conditions ordinaires. Le ministre est juge de savoir si, dans les circonstances, le commandant en chef a eu des éléments d'appréciation suffisants pour formuler une proposition d'admission à la retraite, et l'officier ne saurait discuter par la voie contentieuse l'appréciation émise par cette autorité.

La qualité d'« inspecteur général » pourra plus facilement être discutée. En 1896 le législateur avait en vue les officiers généraux qui composaient le *comité des inspecteurs généraux* ; depuis lors, ces fonctions ont été supprimées, et il n'existe actuellement d'inspecteurs généraux

que dans certains corps assimilés (génie maritime, corps de santé.....). Quand il y a lieu de procéder à une inspection générale, le ministre désigne un officier comme pour toute autre mission. Le plus souvent le caractère général de la mission ne pourra pas être mis en doute ; mais devrait-on reconnaître le caractère d'inspecteur général à un officier général ayant pour toute mission d'examiner, en vue de son admission à la retraite, un officier prit isolément ? Il semble que non dans la plupart des cas ; ce sera une question de fait.

Enfin, en dehors de toute proposition d'admission à la retraite, un officier peut y être mis d'office après avis motivé de la commission de classement ; l'avis de cette commission n'est pas nécessaire dès qu'il existe une proposition d'un commandant en chef ou d'un inspecteur général (Poulain de Saint-Père, 30 novembre 1900).

Les formes prescrites ici sont plus complexes, et cela se conçoit puisqu'il se peut que l'officier n'ait jamais été l'objet d'une proposition d'admission à la retraite de la part des autorités maritimes.

L'avis doit émaner de la « *commission de classement* ». Il faut entendre par ces mots la commission telle qu'elle doit fonctionner pour le travail d'avancement ; sa composition est fixée par un décret dont les formes s'imposent, non pas que toutes les dispositions qu'il contient aient la même valeur, mais il faut en retenir celles qui présentent un intérêt pour l'officier. L'arrêt du 24 février 1889 montre avec quelle rigueur le Conseil d'État s'attache au texte ;

quand la commission était à deux degrés, les deux degrés devraient être consultés.

La loi exige que l'avis soit motivé. Comment faut-il comprendre cette prescription? S'il était exact que la seule cause d'admission à la retraite fut celle qui fait l'objet du deuxième paragraphe de l'article 8, il serait logique d'admettre que le quatrième paragraphe se réfère au deuxième et que le motif exigé n'est autre que l'inaptitude au service à la mer; mais nous croyons que la loi n'a pas cette signification. Dans ces conditions, le motif qui doit accompagner l'avis de la commission de classement nous paraît être la circonstance, propre à l'officier, qui détermine la conviction de la commission; ce sera, suivant le cas, la raison de santé, l'incapacité, ou une faute, de même que la commission pourra s'en tenir à la formule plus générale d'inaptitude au service de la mer.

Le dernier paragraphe de l'article 8 exige enfin une dernière formalité dans le cas où la mise à la retraite est motivée par l'état de santé de l'officier : la constatation doit en être faite dans les formes prescrites par un décret. Ce décret a été rendu le 15 octobre 1896.

Ainsi que nous l'avons fait remarquer dans des cas analogues, les formalités prescrites par cet acte s'imposent parce qu'elles sont exigées par la loi.

Il faut toutefois remarquer que cette disposition s'applique seulement dans le cas où une proposition d'admission à la retraite est motivée expressément par l'état de santé.

Toutes les fois que l'officier est moins atteint d'une maladie déterminée que dans un état de fatigue générale, la proposition peut être formulée dans des termes suffisamment larges pour que le ministre ne soit pas obligé de faire procéder aux visites médicales.

Aussi nous ne considérons pas cette disposition de la loi comme heureusement inspirée. Telle qu'elle est inscrite, elle est superflue ; du moment où un commandant en chef prend l'initiative, comme la responsabilité, de proposer une admission à la retraite d'office, il paraît inutile de prescrire une formalité particulière lorsque cette mesure est motivée par des raisons de santé. Le commandant en chef peut former son opinion sur des observations de chaque jour, et son appréciation sur l'aptitude de l'officier au service offrira souvent plus d'intérêt qu'un procès-verbal constatant l'état physique.

Il y a, au contraire un cas où la loi présente une véritable lacune et où ces formalités auraient pu être utilement prévues. Par suite des prescriptions de l'avant-dernier paragraphe de l'article 8, le ministre est souvent obligé d'inviter un commandant en chef à examiner s'il ne conviendrait pas d'émettre une proposition d'admission à la retraite d'office à l'égard d'un officier dont l'état de santé laisse à désirer. Si le commandant en chef s'y refuse, le ministre est désarmé vis-à-vis de cet officier. De même qu'à défaut de proposition d'admission à la retraite, la loi permet de se contenter de l'avis de la commission de classement, elle devrait, par analogie, donner au ministre le droit d'envoyer

un officier devant les commissions médicales et de procéder ensuite à sa mise à la retraite sans qu'une proposition d'un commandant en chef soit nécessaire.

La loi ne précise pas si l'admission à la retraite est subordonnée à l'avis émis par la commission de classement ou par le conseil supérieur de santé ; l'article 5 du décret du 15 octobre 1896 dit que le ministre statue sur l'avis émis par le dit conseil. Il semble donc difficile de dénier au ministre le droit de proposer au chef de l'État telle décision qu'il lui plaira, une fois qu'il aura été éclairé par les avis que la loi exige ; mais, si le texte de l'article peut laisser des doutes à cet égard, l'esprit protecteur de la loi est certain.

L'article 65 de la loi du 22 avril 1905 prescrivant la communication des dossiers s'applique aux officiers de la l'armée de mer dans les conditions que nous avons indiquées plus haut pour ceux de l'armée de terre ; dans les cas où la communication a lieu, la pièce fondamentale dont l'officier doit recevoir connaissance est la proposition d'admission à la retraite formulée à son égard ou l'avis motivé de la commission de classement.

C) RETRAITE PAR LIMITE D'ÂGE.

Un officier ne doit plus être conservé dans les cadres lorsqu'il ne possède plus l'aptitude à faire campagne ; d'autre part, il est nécessaire que les officiers arrivent encore jeunes aux grades supérieurs, tant pour les atta-

cher à leur carrière que pour les mettre de bonne heure en face des difficultés du commandement. Ces considérations ont conduit à établir une limite d'âge obligatoire.

Aucune prescription de la sorte ne figurait dans les lois sur l'avancement ou les pensions. Le principe fut posé dans une décision impériale du 10 août 1863 pour l'armée de terre. Successivement des limites d'âge furent imposées à tous les corps par décision du chef de l'État ou même parfois par décision ministérielle. Ce régime conduisit à une telle instabilité que le législateur dut intervenir : une loi du 30 mars 1888 décida que les limites d'âge fixées par les actes alors en vigueur ne pourraient plus être abaissées que par une loi.

Dans l'armée de mer, la plupart des limites ont été fixées depuis quelques années par les lois organiques de certains corps ou par des articles insérés dans les lois de finances.

L'admission à la retraite par limite d'âge constituait donc, à l'origine, une mise à la retraite d'office automatique, généralisée à tous en vertu d'une règle de conduite que l'administration s'imposait à elle-même. La condition n'est plus la même maintenant que le Parlement a légiféré sur la matière. Depuis quelques années, le Conseil d'État semble dénier complètement le caractère de mise à la retraite d'office aux admissions à la retraite prononcées par application des mesures sur la limite d'âge (1).

(1) Cette question n'offre d'intérêt qu'exceptionnellement pour les

Cette jurisprudence s'était manifestée à propos de la disposition de l'article 8 de la loi du 10 juin 1896 d'après laquelle les lieutenants de vaisseau réunissant certaines conditions de service et de grade peuvent, soit *d'office*, soit sur *leur demande*, être admis à la retraite avec la pension afférente au grade de capitaine de corvette. Cette pension fut refusée à un lieutenant de vaisseau retraits par limite d'âge, « parce qu'il n'avait été retraits ni d'office ni sur sa demande » (Sentis, 7 juillet 1899). L'arrêt ne contenait aucune autre explication ; c'était un peu résoudre la question par la question. Il est vrai que l'article 8 oppose à certains égards les retraits par limite d'âge et d'office, mais il semble que le législateur, en employant au troisième paragraphe l'expression « d'office ou sur sa demande », avait entendu englober tous les cas.

Le Conseil d'État a été appelé à nouveau en 1904 à se prononcer au contentieux sur le principe en question (17 juin 1904, Girardon). Le commissaire du Gouvernement a exposé la discussion dans des conditions très intéressantes que nous résumons. Après avoir reconnu que la

officiers, la pension se réglant sur le grade dont l'intéressé est titulaire, *à moins qu'il ne demande sa retraite avant d'avoir deux années d'activité dans ce grade*. Elle est au contraire d'une application courante en ce qui concerne le personnel non officier de l'armée de mer soumis au régime de la loi du 8 août 1883, parce que cette loi dispose que les pensions sont liquidées sur le grade dont les ayants droit sont titulaires *depuis deux ans au moins, sauf le cas de retraite d'office*. C'est par suite de la différence de rédaction de ce deuxième texte que la discussion est née.

limite d'âge apparaît, au premier abord, comme le cas par excellence de la retraite d'office, il admet qu'il en est ainsi lorsqu'il s'agit de limites d'âge établies par de simples décrets, mais non quand la retraite est prononcée par application d'une disposition législative impérative.

Dans son sentiment, la retraite d'office, mode exceptionnel de quitter le service, s'oppose à la retraite par limite d'âge, qui est le mode normal de cessation des services.

La retraite d'office constitue une mesure imprévue, portant atteinte aux espérances que l'agent pouvait concevoir : il est équitable de tenir compte de la situation qu'il occupait en fin de carrière parce qu'il pouvait compter sur ce grade et la pension y afférente.

La limite d'âge, loin d'être un accident dans la carrière, est au contraire, un événement prévu. Il est alors prudent d'exiger dans ce cas deux ans de grade : sans quoi, « assurés de ne pas garder ces serviteurs au corps, « les chefs n'hésiteraient pas à leur accorder des promotions *in extremis* qui grèveraient le budget et constitueraient récompense de services et de fonctions supérieures qui n'auraient jamais été remplies. »

C'est cet argument qui nous paraît décisif en l'espèce.

Le Conseil d'État a vu un abus dans l'accroissement des charges financières résultant de mesures bienveillantes de plus en plus nombreuses et a jugé utile d'y mettre un frein ; sa jurisprudence est née des circonstances. Les observations du commissaire du Gouvernement sont cer-

tainement séduisantes, mais cependant ne paraissent pas très concluantes parce qu'aucune ne s'impose et que le raisonnement inverse pourrait se soutenir avec une force égale. On trouve d'ailleurs dans plusieurs textes le cumul des deux expressions « retraite d'office par limite d'âge ».

Quoi qu'il en soit, il paraît impossible que la jurisprudence soit différente suivant que la limite d'âge a été fixée par l'autorité législative ou réglementaire. Juridiquement, la distinction est légitime, et, à l'origine des limites d'âge, l'argument du commissaire du Gouvernement aurait été d'un grand poids ; mais les limites d'âge sont trop entrées dans nos mœurs pour qu'une distinction tirée de la nature de la réglementation puisse entraîner maintenant une différence dans le régime de la pension.

La doctrine nouvelle d'après laquelle la limite d'âge ne constitue pas une retraite d'office semble définitivement admise : nous devons constater cependant que, dans la seule hypothèse où la question concerne les officiers, c'est-à-dire dans le cas de l'affaire Sentis, les conclusions de l'arrêt de 1899 semblent être perdues de vue. Une pension de capitaine de corvette a été allouée récemment à un lieutenant de vaisseau retraité par limite d'âge. Est-ce par mégarde ? nous l'ignorons, mais cette solution n'est que justice ; il n'est pas admissible que, du fait qu'il est rayé des contrôles par limite d'âge, un officier reçoive une pension inférieure à celle qu'il aurait obtenue s'il avait été retraité le même jour sur sa demande.

D'après un avis de la section des finances du 1^{er} juillet 1896, l'admission à la retraite par limite d'âge doit être prononcée par décret et non par simple décision ministérielle, bien qu'elle ne soit que la constatation d'un fait matériel. Les conclusions de cet avis, émis pour l'armée de terre où les limites d'âge sont fixées par décret, ne paraissent pas devoir être étendues aux cas dans lesquels la limite d'âge a été fixée par le législateur. Lorsque la radiation des contrôles de l'activité n'est que la conséquence d'une disposition *légale*, le Conseil d'État a reconnu en diverses circonstances qu'il appartient au ministre de prendre la décision pour assurer l'exécution de la loi (1).

L'officier qui atteint la limite d'âge ne peut être admis à la retraite que s'il réunit les conditions exigées pour avoir droit à pension. A défaut, le ministre est obligé de le conserver dans les cadres ; il peut toutefois le mettre en non-activité pour lui permettre de compléter, dans cette position, le temps de service nécessaire pour être pensionné.

2^o Retraite pour cause de blessures ou d'infirmités.

Les blessures donnent droit à pension lorsqu'elles sont graves et incurables et qu'elles proviennent d'événements

(1) Voir notamment en ce sens les conclusions du commissaire du Gouvernement au sujet du pourvoi formé par les princes d'Orléans : Arrêt du 20 mai 1887.

de guerre, ou d'accidents éprouvés dans un service commandé.

Les infirmités donnent le même droit lorsqu'elles sont graves et incurables, et qu'elles sont reconnues provenir des fatigues ou dangers du service militaire (art. 12 de la loi du 11 avril 1831), des fatigues ou des accidents du service (art. 12 de la loi du 18 avril 1831).

Le droit est ici indépendant de toute condition d'âge ou de durée des services, et est uniquement fonction de l'origine, l'incurabilité et la gravité des blessures ou infirmités.

Le Conseil d'État considérait autrefois comme inconciliables les pensions pour infirmités et pour ancienneté de service ; cette jurisprudence n'a pas persisté. Le fait d'avoir rempli les conditions pour avoir droit à une pension d'ancienneté n'empêche pas l'intéressé de se prévaloir de blessures ou d'infirmités pour obtenir pension à ce titre (Sarret de Gazon, 25 novembre 1892 ; Duprat, 1^{er} juin 1894 ; Riolacci, 30 mai 1895). Il recevra peut-être une pension plus élevée ; il sauvegarde, en tout cas, ses droits à une revision du taux de sa pension en cas d'aggravation de ses infirmités, tandis qu'il ne pourrait plus obtenir une nouvelle liquidation s'il avait été retraité pour ancienneté (1) (Coyaux, 17 juin 1898).

L'officier peut être admis à la retraite sur sa demande ou d'office.

(1) L'officier qui demande une pension pour infirmités, et qui est

La loi a laissé à un règlement d'administration publique le soin de déterminer les formes dans lesquelles les causes, la nature et les suites des blessures ou infirmités sont justifiées. Ces formes sont définies par les ordonnances des 2 juillet 1831 pour l'armée de terre et 26 janvier 1832 pour l'armée de mer. La plupart d'entre elles sont substantielles et le défaut de s'y conformer pourrait motiver un recours de la part d'un intéressé dont la demande serait rejetée.

Au fond, la déclaration de l'autorité médicale qu'une infirmité rend ou non un officier impropre au service n'est pas susceptible d'être discutée par la voie contentieuse ; la question de savoir si cette infirmité résulte de l'exercice des fonctions, et si, par suite, elle constitue pour celui qui en est atteint le droit à pension, peut donner, au contraire, ouverture à un recours de cette nature.

Le ministre n'est pas tenu de faire instruire toutes les

admis à la retraite à titre d'ancienneté, doit se pourvoir contre le décret de concession de pension dans les délais légaux, c'est-à-dire deux mois à partir du jour du premier paiement des arrérages de la pension dont les bases lui ont été notifiées (art. 23 de la loi du 11 avril 1831, modifié par la loi de finances du 13 avril 1900 d'après un avis du Conseil d'État du 26 juin 1900). Le Conseil d'État considère qu'il ne peut pas attaquer la décision même qui l'admet à la retraite parce qu'elle ne constitue qu'une mesure préparatoire et ne fait pas obstacle à un pourvoi ultérieur contre le décret concédant la pension (21 mars 1883, Puységur). Cette règle comporte toutefois une dérogation très importante en pratique ; le Conseil d'État déclare un recours non recevable contre le décret de concession toutes les fois que la décision du ministre rejetant la demande a fait l'objet d'une notification distincte et que l'officier ne l'a pas attaquée dans le délai légal (14 février 1890, Debelle-Duplan ; 29 novembre 1901, Cognet).

demandes de pension qui sont formées ; s'il oppose un refus, l'intéressé peut déférer cette décision au Conseil d'État. Cette juridiction ne se prononcera pas directement sur le droit du requérant ; mais, si les infirmités invoquées sont l'objet d'allégations pertinentes et admissibles, elle le renverra devant le ministre pour qu'il soit procédé à l'instruction régulière (13 avril 1881, Reybaud).

3° Retraite après vingt-cinq ans de services en cas d'infirmités.

Ce dernier cas où l'officier a droit à une pension de retraite a été créé par la loi du 25 juin 1861 (art. 2) pour l'armée de terre, et étendu à l'armée de mer par la loi du 10 avril 1869 pour les corps dans lesquels le droit à pension n'est acquis qu'à trente années de service.

*« Ont droit exceptionnellement, après vingt-cinq ans
« de services effectifs, au minimum de la pension de re-
« traite attribuée à leur grade, les officiers en non-acti-
« vité pour infirmités temporaires lorsqu'ils sont recon-
« nus par un conseil d'enquête non susceptibles d'être
« rappelés à l'activité. »*

Il n'existait pas, jusqu'alors, d'autre solution que de placer l'officier en réforme ; l'avantage de la nouvelle disposition réside en ce que l'intéressé reçoit une pension égale au minimum de la retraite de son grade, légèrement supérieure par suite à la pension de réforme, et surtout

qu'à son décès, cette pension est réversible sur sa veuve.

Les conseils d'enquête devant lesquels l'officier doit comparaître sont ceux qui sont prévus par la loi du 19 mai 1834 et dont nous avons parlé à l'occasion de la mise en réforme.

Tandis que la mise en réforme ne peut être prononcée, sauf le cas d'incurabilité, qu'après trois années passées dans la position de non-activité pour infirmités temporaires, un officier peut être admis à la retraite dans les conditions de la loi du 25 juin 1861 quel que soit le temps depuis lequel il est en non-activité. Le décret du 8 novembre 1903 en tient bien compte dans la rédaction des questions posées au conseil d'enquête dans ces deux hypothèses.

L'intéressé a toujours été admis à se prévaloir de cette disposition (Avis Fin., 13 décembre 1898), mais, d'après un avis du 13 mars 1877, l'admission à la retraite ne pouvait être prononcée d'office qu'après trois années de non-activité ; la loi ne fixait cependant aucun délai. La section est revenue, depuis lors, sur sa première interprétation dans des avis des 4 novembre 1896 et 17 novembre 1903.

Nous concluons de même qu'un officier en non-activité pour infirmités temporaires qui atteint vingt-cinq années de services peut être envoyé devant un conseil d'enquête en vue de son admission à la retraite, alors même qu'après trois années de non-activité il aurait comparu devant un conseil d'enquête qui aurait émis l'avis qu'il n'y avait pas lieu de le mettre en réforme. Le Conseil d'État, dans son

avis du 10 juin 1880, admet la possibilité de lui appliquer les dispositions de l'article 2 de la loi du 25 juin 1861 si, à l'occasion d'une inspection périodique, ses infirmités sont reconnues incurables; mais on ne voit pas pourquoi cet avis restreint l'application de la loi à l'hypothèse de l'incurabilité puisqu'elle ne l'exige pas, et que, du reste, le conseil d'enquête n'aurait pas à la constater, la question posée portant seulement sur le point de savoir si l'officier est reconnu non susceptible d'être rappelé à l'activité.

Nous devons répéter ici ce que nous avons dit plus haut à l'occasion de la mise en réforme pour cause d'infirmités incurables ou pour prolongation de la non-activité pour infirmités temporaires : Un officier, admis à la retraite dans les conditions des lois de 1861 ou 1869, ne pourrait obtenir ultérieurement pension pour blessures ou infirmités parce que les conditions de sa mise en retraite font présumer que les blessures ou infirmités dont il est atteint ne proviennent pas du service militaire.

Situation des officiers en retraite.

L'officier en retraite est rendu définitivement à la vie civile. L'article 23 de la loi du 14 avril 1832 et des textes similaires pour l'armée de mer interdisent qu'un officier admis à la retraite soit replacé dans les cadres de l'armée. Toutefois, depuis les lois des 22 juin 1878 pour l'armée de terre et 5 août 1879 pour l'armée de mer, les officiers

dont le droit à pension est réglé par ces lois (sauf certains personnels de l'armée de mer) sont maintenus pendant cinq années à la disposition des ministres de la Guerre et de la Marine. Pendant cette période, ils peuvent être rappelés au service indépendamment de toute mobilisation. Cette disposition a eu pour but de constituer, au moyen d'officiers expérimentés, les cadres de la réserve et de l'armée territoriale, mais elle n'oblige pas le ministre à les pourvoir d'un grade dans ces armées.

La retraite étant une position de l'officier, et non une cause de perte de grade, l'officier ne peut être rappelé avec un grade inférieur à celui dont il était titulaire en activité, et, non seulement il conserve son grade, mais aussi, vis-à-vis des officiers du cadre actif, le droit au commandement que lui conférait son ancienneté au moment où il a quitté l'armée (Art. 43, loi 13 mars 1875).

L'officier en retraite peut porter les insignes de son grade et a droit à certains honneurs.

Il nous reste enfin à examiner à quel moment se produit le passage de la position d'activité à celle de retraite.

Pendant longtemps, le Département de la Guerre a considéré que l'officier n'était rayé des contrôles que le jour où sa pension était liquidée et inscrite au grand livre de la dette publique ; s'il était nécessaire de le remplacer sans attendre, l'officier était placé en non-activité. Cette façon de procéder s'appuyait sur ce que l'article 14 de la loi de

1834, définissant la retraite, la subordonne au fait d'être « admis à la jouissance d'une pension ».

Cette interprétation un peu étroite, à laquelle le Département de la Marine ne s'était jamais astreint, a été abandonnée. En cas de retraite à titre d'ancienneté, sur demande, d'office ou par limite d'âge, la date de la radiation des contrôle est fixée par la décision portant admission à la retraite. En cas de blessures ou d'infirmités, le point de départ de la jouissance de la pension n'est pas fixé d'avance en raison de l'incertitude qui peut exister sur les droits de l'officier tant que l'examen de l'affaire n'est pas terminé ; dans les cas de l'espèce, la radiation des contrôles de l'activité n'a lieu en général qu'au moment où est rendu le décret de concession de pension.

Dans un arrêt du 1^{er} juin 1895 (Moulard), le Conseil d'État a admis qu'une décision d'admission à la retraite a force exécutoire immédiatement, et sans avoir besoin d'être insérée au *Journal officiel*. Ce dernier point n'avait jamais fait doute : aucune disposition législative n'ordonne la publication des décrets individuels ; les articles 22 de la loi du 16 avril 1832 et 25 de celle du 22 avril 1832, prescrivant la publication des décrets de nomination, ne s'appliquent pas aux admissions à la retraite qui doivent par suite rester régies par la loi générale.

Mais, jusqu'alors, la jurisprudence considérait qu'un acte administratif visant une personne ne valait que par sa notification à l'intéressé. Dans l'arrêt du 1^{er} juin 1895, le

Conseil d'État a admis implicitement que la notification n'est pas nécessaire pour rendre exécutoire un décret individuel. On en a conclu que, dès le décret de mise à la retraite et indépendamment de la radiation des cadres, la décision produirait certains effets, tout au moins la perte des droits résultant de l'ancienneté ; la radiation des cadres ne serait qu'une formalité administrative destinée à assurer la mise à exécution de la décision.

Il semble plutôt que la date de la radiation effective est la seule qui importe : c'est, du reste, cette date que le Conseil d'État a prise en considération dans un arrêt postérieur (Rostan, 26 février 1897). Il peut arriver que, dans certaines positions, l'officier soit rayé des contrôles le jour même de la décision, mais, toutes les fois que les deux dates ne se confondent pas, l'officier ne passe dans la position de retraite que le jour où il est rayé des contrôles de l'armée, et aucun effet ne se produit avant ce moment.

CHAPITRE VI

CONSÉQUENCES DE L'ANNULATION D'UNE DÉCISION IRRÉGULIÈRE

—

Un officier peut obtenir l'annulation d'une décision qui l'a placé irrégulièrement en retraite, en réforme, en non-activité. Dans les diverses hypothèses qui peuvent se présenter, l'intéressé a droit à être remis exactement dans la situation qu'il aurait eue si la mesure prise en violation de son état n'était pas intervenue.

La question peut présenter diverses difficultés : le Département de la Marine a eu à faire face à la plupart d'entre elles à la suite de l'annulation de la décision qui avait prononcé l'admission à la retraite d'un grand nombre d'officiers de marine en 1898 (Arrêt Viaud, déjà cité). Le ministre demanda un avis au Conseil d'État, ce qui n'empêcha pas les officiers de porter ensuite l'affaire au contentieux (Arrêt du 30 novembre 1900).

La première conséquence de l'annulation de la décision est le rétablissement de l'officier sur la liste d'ancienneté des officiers de son grade au rang qu'il possédait autre-

fois, sans toutefois que ce rétablissement fasse obstacle à ce qu'une mesure identique à celle qui vient d'être annulée soit prise régulièrement contre l'officier s'il n'y avait qu'un vice de forme.

La réintégration a lieu immédiatement alors même qu'il n'existerait pas de vacance; le retard à la réintégration n'offrirait d'ailleurs aucun intérêt, puisque nous verrons que la solde est due depuis le jour où l'officier a été rayé irrégulièrement des contrôles.

Le rang à attribuer à l'officier réintégré est plus difficile à déterminer lorsque cet officier réunit les conditions de service pour être avancé et que, par suite du jeu des promotions à l'ancienneté, il aurait été nommé au grade supérieur s'il n'avait pas cessé de figurer sur la liste de son grade.

Dans l'armée de terre, la solution peut se déduire, par analogie, des dispositions de l'article 36 de l'ordonnance du 16 mars 1838. L'officier réintégré se trouve en tête de la liste d'ancienneté des officiers de son grade; il est promu à la première vacance qui survient et compte son ancienneté dans son nouveau grade du jour où l'emploi qui lui appartenait a été conféré à un officier moins ancien que lui. Ce dernier conserve son ancienneté.

Dans l'armée de mer, l'ordonnance de 1838 n'est pas applicable (1); il est logique cependant de s'y reporter, en

(1) La circulaire du 13 juin 1838 qui a rendu cette ordonnance applicable aux corps de la Marine ne concernait que les corps de troupes devenus l'armée coloniale, dont l'avancement était régi par la

tant que raison écrite, lorsqu'il s'agit de résoudre des difficultés qui se présentent de la même façon que dans l'armée de terre. C'est à ces conclusions qu'aboutit l'arrêt du 30 novembre 1900.

La section des finances avait émis l'avis qu'il n'y avait pas lieu de remanier les promotions effectuées entre la décision d'admission à la retraite et l'arrêt annulant cette décision. Pour justifier sa manière de voir, elle faisait remarquer qu'il faudrait donner un effet rétroactif à une nomination pour faire prendre rang maintenant à un officier sur la liste du grade supérieur à la date à laquelle il aurait dû être nommé à ce grade.

Le ministre de la Marine réintégra donc dans leur grade les officiers admis à la retraite. Quand des vacances se produisirent, ceux qui se trouvaient en rang utile pour être promus à l'ancienneté furent avancés, mais le ministre refusa de leur faire prendre rang dans leur nouveau grade avant les officiers, plus jeunes qu'eux, qui avaient été promus dans l'intervalle. A défaut de cette satisfaction, la réparation du tort causé par la retraite illégale n'était pas complète.

Les officiers s'adressèrent au Conseil d'État pour faire reconnaître leurs droits. Le litige était bien de ceux qui peuvent être soumis à la juridiction contentieuse puisque le rang d'ancienneté fait partie de l'état de l'officier, mais,

loi du 14 avril 1832, et non les officiers de marine et des corps assimilés dont l'avancement est soumis à d'autres règles (Loi du 21 avril 1832).

au fond, n'allait-on pas porter atteinte à ses droits acquis ? En 1874, le Conseil d'État avait refusé de reporter le rang d'ancienneté d'un officier à une date antérieure à celle de sa nomination, et déclaré que c'est par voie d'attaque contre la nomination méconnaissant son rang qu'un officier doit faire valoir ses droits (Caillet, 24 juillet 1874). La situation était ici différente puisqu'au moment des promotions qui auraient dû les comprendre, les officiers requérants étaient en retraite.

Le Conseil d'État, statuant au contentieux, estima à juste titre qu'on ne pouvait qualifier de droits acquis ceux qui dérivent de décisions présidentielles dont l'illégalité est reconnue par des arrêts de justice. Comme le déclarait l'avocat de ces officiers, il n'y a pas de droits acquis contre le droit. On ne pouvait, d'autre part, reprocher aux requérants aucune négligence, car ils n'avaient pu revendiquer leur ancienneté dans leur grade avant d'y avoir été promus.

Il fut donc reconnu que les officiers devaient prendre rang dans leur nouveau grade avant ceux de leurs camarades qui étaient moins anciens qu'eux dans le grade inférieur ; il restait à définir à quelle date il convenait de faire compter leur promotion. Ici le problème se compliquait encore du fait que des capitaines de frégate avaient été admis à la retraite irrégulièrement en même temps que les lieutenants de vaisseau requérants ; des lieutenants de vaisseau avaient donc été promus pour remplacer ces capitaines de frégate ; en conséquence, pour conserver leur

rang d'ancienneté, les lieutenants de vaisseau réintégrés étaient conduits à réclamer leur promotion au grade supérieur pour compter d'une date à laquelle ils n'y auraient pas été nommés si les admissions à la retraite, reconnues illégales, n'avaient pas eu lieu.

Trois solutions étaient possible : faire prendre rang à ces officiers du jour où s'était produite la vacance qu'ils auraient été appelés à combler, c'était ce qu'ils demandaient ; faire simplement remonter la nomination de chacun d'eux au jour de celle du lieutenant de vaisseau qui venait immédiatement après lui sur la liste d'ancienneté des officiers de ce grade ; ou bien enfin remanier toutes les promotions.

Le Conseil d'État conclut à la deuxième solution, affirmant ainsi, comme nous l'avons déjà vu, qu'un officier n'a pas droit au grade supérieur du jour où se produit la vacance mais seulement de celui où un officier plus jeune y est promu, et d'autre part, conservant aux officiers promus, sinon leur rang, du moins l'ancienneté résultant de leur date de nomination, suivant la règle d'équité inscrite dans l'ordonnance de 1838.

Au point de vue pécuniaire, l'officier réintégré a droit au rappel de sa solde depuis le jour où il a été atteint par la décision annulée jusqu'à celui où il est rétabli dans son emploi. Mais le Conseil d'État lui refuse les intérêts de ces sommes pour le retard apporté à leur versement parce qu'aucune disposition de loi ne permet d'accorder des inté-

rêts aux fonctionnaires pour retard dans le paiement de leur traitement.

L'officier pourrait-il en outre réclamer des dommages-intérêts pour les préjudices matériels et moraux qu'il a subis du fait de la mesure qui l'a atteint ? Il se produit à cet égard, depuis quelques années, une évolution si caractéristique de la jurisprudence administrative que nous ne pouvons la passer sous silence.

Pendant longtemps, le Conseil d'État opposa une irrecevabilité absolue aux demandes à fin d'indemnités formées à raison du préjudice causé par une mesure disciplinaire arbitraire ou illégale ; c'était la thèse de M. Laferrière qui, divisant les actes administratifs en actes de puissance publique et actes de gestion, rangeait dans la première catégorie les décisions prises par l'administration à l'égard des fonctionnaires.

Cette théorie a été discutée et combattue, notamment par les auteurs qui, tout en reconnaissant à ces décisions le caractère d'actes de puissance publique, considèrent que la responsabilité de l'État est engagée et aurait sa source dans un lien contractuel qui existerait dans les rapports de la puissance publique avec le personnel (1) ; pour d'autres, il n'y aurait qu'une question d'équité, de réparation d'un dommage injustement causé.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence nouvelle du Conseil d'État semble bien établie.

(1) Georges Teissier : *La responsabilité de la puissance publique*.

Le Conseil d'État avait reconnu à plusieurs reprises que des fonctionnaires irrégulièrement suspendus ou retraités pouvaient, après avoir obtenu l'annulation de la décision les concernant, se faire octroyer la solde qu'ils auraient touchée s'ils étaient demeurés en activités.

L'idée avait été émise que cette allocation d'un traitement, dans le cas où il n'y a pas eu de service fait et alors qu'il y a eu remplacement dans les cadres, n'était que la condamnation de l'État au paiement d'une indemnité en vue de réparer le dommage causé.

Le changement de jurisprudence se manifesta discrètement en 1899 (Aff. Toutain, 9 juin 1899). Un fonctionnaire civil révoqué irrégulièrement, et que le ministre ne rétablissait pas dans ses fonctions, demanda au Conseil d'État de prescrire sa réintégration, de lui reconnaître droit au traitement qu'il touchait lors de sa révocation et, enfin, de lui octroyer des dommages et intérêts. Le Conseil d'État n'écarta pas la demande de dommages-intérêts comme irrecevable, ainsi qu'il l'eût fait autrefois, mais il la rejeta au fond parce que le seul dommage consistait dans la perte du traitement ; en conséquence, il attribua au requérant une indemnité égale à ce traitement jusqu'au jour où il aurait été pourvu d'un emploi ou aurait cessé régulièrement de faire partie de l'administration.

Cette jurisprudence s'accrut en 1903 (Arrêt Le Berre). Un sous-officier, ayant obtenu l'annulation de la décision qui l'avait irrégulièrement cassé de son grade, avait reçu les allocations qu'il eût touchées comme sous-officier et

réclamait en outre des dommages-intérêts. Le ministre de la Guerre concluait au rejet de cette demande, invoquant le principe de la non-responsabilité de l'État en ce qui concerne les dommages causés par des actes de puissance publique.

Le commissaire du Gouvernement combattit cette traditionnelle fin de non-recevoir et le Conseil d'État, se rangeant à son avis, statua au fond. Il n'accorda, cependant, aucune indemnité en sus des émoluments touchés parce qu'il estima que ces réparations étaient les seules auxquelles l'intéressé put prétendre, les seules correspondant à des dommages certains, « étant donné surtout que le requérant avait été relevé de l'atteinte portée à sa considération par l'attribution de la médaille militaire et sa nomination comme officier de réserve ».

Ces arrêts reconnaissent donc implicitement aux fonctionnaires, militaires comme civils, la possibilité d'une réparation pour les conséquences dommageables d'une mesure prise en violation des règles de leur état. Le plus souvent, le seul préjudice direct sera l'allocation des soldes indûment retenues et la concession des avancements que la loi assurait à l'officier, mais, dans des circonstances exceptionnelles, un officier pourra obtenir davantage.

Les conséquences légales de l'annulation d'une décision se déduisent sans que le conseil d'État ait besoin de les prononcer. Il arrive souvent que les intéressés, en même temps qu'ils attaquent la mesure prise à leur égard, de-

mandent au Conseil d'État de prescrire leur réintégration dans les cadres et le rappel des arrérages de solde qui leur seraient dus.

Jusqu'à ces dernières années, le Conseil d'État se bornait à prononcer l'annulation, considérant qu'en l'absence de tout litige sur les mesures à prendre en exécution de cette annulation le juge de l'excès de pouvoir n'avait pas à statuer sur des conclusions déposées prématurément. (Viaud, 24 février 1899.) Il ne saurait, en effet, y avoir de décision contentieuse que sur les points en discussion ; or, le plus souvent, le litige ne s'élèvera pas parce que l'administration s'exécutera de bonne grâce.

On constate, au contraire, depuis quelque temps, que le Conseil d'État, pour mieux préciser le droit de requérant et l'obligation de l'administration, renvoie l'intéressé devant l'autorité compétente pour qu'il soit statué sur sa demande ou tire lui-même les conséquences de droit de l'annulation qu'il prononce (Ledochowski, 19 juin 1903) ; mais, remarquons le bien, il ne faut y voir qu'une déclaration des droits de l'intéressé ; la situation ne sera considérée comme rétablie de droit que si cela est possible sans l'intervention active de l'administration, car, toutes les fois qu'un acte est nécessaire, le juge ne peut se substituer à l'autorité administrative.

Les décisions contentieuses portant annulation d'un acte à caractère individuel ont des effets purement per-

sonnels ; alors même qu'un acte concernerait plusieurs personnes et que le chef d'annulation serait commun à toutes, l'effet de la sentence est limité aux seuls requérants. On ne se trouve pas en présence d'une décision générale qui serait annulée d'une façon absolue, mais, en somme, d'une série de décisions particulières comprises dans un même acte et qui ne sont annulées que dans la mesure où des recours ont été formés.

Le cas se présentait notamment à la suite des arrêts Viaud et autres... du 24 février 1899 ; des pourvois n'avaient été formés que pour un petit nombre des officiers qui avaient été frappés par la décision déclarée irrégulière. La section des finances émit l'avis qu'il ne saurait appartenir au ministre de modifier par voie de décret la situation d'officiers qui ne se sont pas pourvus dans les délais légaux.

Le ministre se rangea à cet avis, mais, comme il jugeait équitable que tous les officiers fussent traités de la même façon, il demanda aux Chambres de faire ce que ni le chef de l'État ni lui n'avaient le pouvoir de décider. Un article fut inséré dans la loi de finances en vue de replacer dans l'activité les officiers qui ne s'étaient pas pourvus (Art. 34, loi du 30 mai 1899).

CHAPITRE VII

ÉTAT SPÉCIAL DES OFFICIERS GÉNÉRAUX

Les officiers généraux, bien que régis par la loi du 19 mai 1834 dans ses dispositions principales, doivent être l'objet d'une étude particulière parce que le législateur a créé pour eux des positions spéciales, la disponibilité et le cadre de réserve, ainsi que des règles différentes pour l'admission à la retraite.

Le régime qui leur est propre a été consacré par les lois des 4 août 1839 pour l'armée de terre et 17 juin 1841 pour l'armée de mer. Il fut abrogé en 1848, le gouvernement considérant que les lois de 1839 et 1841 avaient violé les principes d'égalité en établissant une distinction entre les officiers généraux et ceux des autres grades ; un décret de 1852 le remit en vigueur.

Dans l'armée de mer, le cadre de réserve fut, en outre, supprimé par une loi du 6 juillet 1860 pour les officiers généraux des corps autres que celui des officiers de marine ; une loi du 16 février 1903 l'a rétabli pour les officiers généraux des différents corps assimilés.

Les règles que nous allons examiner sous ce titre sont

particulières aux officiers généraux des corps pour lesquels existe un cadre de réserve.

Le cadre des officiers généraux se divise en deux sections : la première comprend les officiers généraux en activité et en disponibilité, la deuxième comprend les officiers généraux placés dans le cadre de réserve.

La disponibilité est définie par la loi du 19 mai 1834 « *la position spéciale de l'officier général..... appartenant au cadre constitutif et momentanément sans emploi* ». La pratique du service exige que le cadre des officiers généraux soit supérieur au nombre nécessaire pour les besoins de chaque jour, afin que le ministre puisse toujours en avoir à sa disposition pour les fonctions ou missions spéciales qu'il peut avoir à leur confier. Le but de la position de disponibilité est d'assurer au cadre d'état-major général l'élasticité désirable. C'est en somme une position d'activité, mais avec une solde légèrement réduite; l'officier général en disponibilité compte dans les cadres et conserve ses droits à l'avancement.

Dans l'armée de mer, la même position existe, mais sans le nom : on dit simplement que l'officier général est sans emploi (1).

La deuxième section correspond au même but que la

(1) Les lois récentes tendent à se rapprocher autant que possible des textes analogues de l'armée de terre : le terme de « *disponibilité* » figure dans la loi du 17 juillet 1907 sur le corps de santé de la marine.

position de disponibilité, mais avec cette différence caractéristique qu'elle a en vue les nécessités du temps de guerre. En temps de paix, les emplois dévolus aux officiers généraux sont exclusivement conférés à ceux qui font partie de la première section ; c'est en cas de mobilisation seulement que les officiers généraux de la deuxième section peuvent être rappelés au service (Art. 3, loi 4 août 1839).

L'idée qui avait inspiré cette organisation était de conserver à la disposition du Gouvernement des officiers généraux en nombre suffisant pour le temps de guerre, tout en restreignant, en temps normal, le cadre d'activité dans un but d'économie. De là cette position, dite de réserve, dans laquelle l'officier conservait ses droits à l'ancienneté et recevait, au lieu d'une pension de retraite, une solde égale aux trois cinquièmes de celle de son grade.

Le nom était nouveau et suscita par suite des critiques. Beaucoup auraient préféré s'en tenir aux positions prévues par la loi de 1834 et considérer tout simplement la deuxième section comme une position de non-activité. Le ministre de la Guerre insista pour le maintien de la dénomination proposée parce qu'elle répondait à une situation nouvelle, la deuxième section n'étant qu'une subdivision de la position d'activité. Les explications du général Allard montrent admirablement comment cette situation était comprise : « La position de réserve est pour ainsi dire une subdivision de la position d'activité. Cette sub-

« division est seulement établie par l'âge (1), c'est-à-dire
« qu'à un âge déterminé on passe de la première subdi-
« vision dans une seconde subdivision qui est encore
« l'activité, et cela est si vrai que l'officier classé dans
« cette seconde subdivision, la guerre venant à écla-
« ter, peut recevoir un commandement..... Nous avons
« donc pensé que la dénomination de réserve était parfai-
« tement applicable ; c'est une position dans laquelle on
« met en réserve une certaine classe de généraux pour le
« temps de guerre. Cette subdivision est tellement appli-
« cable à l'activité que l'officier général est encore sus-
« ceptible de recevoir de l'avancement, car, si la guerre
« survient et que par sa conduite il mérite de l'avance-
« ment, le gouvernement devra lui en donner. C'est donc
« une véritable position d'activité, c'est-à-dire que l'offi-
« cier général est passible des enquêtes, des conseils de
« guerre, et qu'enfin toutes les lois sur l'activité lui sont
« applicables. »

Les officiers généraux n'étaient donc pas normalement admis à la retraite ; ils passaient simplement dans la deuxième section quand ils atteignaient un âge déterminé et y recevaient une solde supérieure à la pension qui leur eût été allouée. La loi du 17 juin 1841, sur l'état-major général de l'armée navale, permettait en outre l'admission par anticipation dans la deuxième section

(1) N'oublions pas qu'à cette époque il n'y avait pas encore de limite d'âge pour la cessation des services à l'activité.

des officiers généraux de l'armée de mer qui, à raison d'infirmités contractées ou de blessures graves reçues dans un service commandé, étaient reconnus non susceptibles d'être maintenus dans la première.

Une série de dispositions législatives modifia successivement la condition des officiers généraux du cadre de réserve.

L'article 8 de la loi du 13 mars 1875 sur l'organisation de l'armée autorisa le passage par anticipation dans la deuxième section, d'office ou sur leur demande, des officiers généraux qui, pour cause de santé, ne pouvaient pas être maintenus au service actif, en permettant leur rappel à l'activité lorsque les raisons qui avaient motivé leur classement dans la deuxième section cessaient d'exister.

L'admission dans la deuxième section dans ces conditions équivalait donc à la mise en non-activité pour infirmités temporaires qui était supprimée pour les officiers généraux, et la loi dut prévoir que le temps passé ainsi au cadre de réserve ne compterait comme service effectif que pour la réforme et la retraite.

Bientôt après, la loi du 22 juin 1878 éleva le taux des pensions et abrogea la disposition d'après laquelle la pension d'un officier général ne pouvait excéder le traitement du cadre de réserve. Les officiers généraux cessèrent immédiatement de passer dans ce cadre et demandèrent leur admission à la retraite lorsqu'ils atteignaient la limite d'âge. Il n'en résultait pas un grave inconvénient puisque la même loi maintenait les officiers en retraite à la dispo-

sition du ministre pendant cinq années ; le Gouvernement s' alarma, cependant, de voir le cadre de réserve presque totalement abandonné.

Le remède était facile ; la loi du 14 janvier 1890 n'eut qu'à accorder aux officiers généraux de la deuxième section une solde égale au taux de la pension à laquelle ils auraient droit s'ils étaient retraités, mais elle limita cette faveur à ceux qui passaient au cadre de réserve par limite d'âge. Cette disposition en appelait une autre : la loi ajouta que le temps passé au cadre de réserve après limite d'âge ne compterait plus pour la retraite, sauf le cas de rappel à l'activité en temps de guerre.

La loi du 31 mars 1903 (art. 67) a achevé l'évolution en assimilant, au point de vue des émoluments, les officiers généraux placés par anticipation au cadre de réserve à ceux qui y passent par limite d'âge.

En résumé, de la situation imaginée en 1839, il ne reste plus que le nom.

L'admission dans la deuxième section a lieu maintenant dans deux cas : par limite d'âge et par anticipation.

Les officiers généraux qui atteignent la limite d'âge cessent d'appartenir à la première section pour passer dans la deuxième (1). La loi permet toutefois de maintenir dans la première section, sans limite d'âge, les généraux de divi-

(1) Le Département de la Marine fait prendre une décision du chef d'État ; le Département de la Guerre se contente au contraire d'une

sion et les vice-amiraux qui ont rendu des services éminents en exerçant avec distinction devant l'ennemi certaines fonctions limitativement déterminées (Art. 8, loi du 13 mars 1875, et art. 6, loi du 10 juin 1896).

Les officiers généraux ainsi maintenus ne comptent plus dans les cadres à moins qu'ils ne soient encore pourvus d'emploi en temps de paix, ce qui n'est possible que pour les généraux de division et jusqu'à l'âge de 70 ans ; le ministre peut toutefois continuer à leur confier des missions temporaires tout en les maintenant numériquement en dehors de l'effectif (Avis du Conseil d'État des 31 janvier 1888 et 29 juillet 1890). Quand ils ne sont pas pourvus d'emploi, les officiers généraux maintenus dans la première section sont considérés comme étant en disponibilité.

Le maintien dans la première section après limite d'âge, ne constitue plus un droit comme cela existait autrefois dans certains cas ; l'article 8 de la loi du 13 mars 1875 exige qu'une décision soit prise par décret délibéré en conseil des ministres.

En dehors de ce passage normal dans la deuxième section, les officiers généraux peuvent y être admis par anticipation, d'office ou sur leur demande, « *pour cause de santé dûment constatée* » (1).

simple décision ministérielle, en l'espèce un avis inséré au *Journal officiel*. Cette façon de procéder paraît suffisante ; il s'agit en somme de constater l'application d'une loi sans qu'il y ait place à appréciation.

(1) La loi du 10 juin 1896 concernant les officiers de marine dit « *à raison d'infirmités ou de blessures graves* » ; au fond il y a au-

La loi du 13 mars 1875 prescrit que cette constatation doit être faite dans les formes déterminées par un règlement d'administration publique (D. du 20 avril 1875). La loi du 10 juin 1896 ne contient pas de disposition aussi impérative; un décret simple (D. du 15 octobre 1896) définit les formes à observer pour les officiers généraux de la marine. Mais il faut retenir que ces lois exigent la constatation des blessures ou infirmités; la violation des formes prescrites à cet effet entacherait donc de nullité la décision consécutive.

La loi du 13 mars 1875 autorise le rappel à l'activité des officiers généraux de l'armée de terre placés par anticipation au cadre de réserve, lorsque les raisons qui ont motivé leur classement dans la deuxième section ont cessé d'exister. Les constatations relatives à l'état de santé sont faites dans les mêmes formes que pour l'admission au cadre de réserve.

Dans l'armée de mer, aucune disposition de cette nature n'existe; le décret du 15 octobre 1896 prévoit cependant les formes à observer pour le rappel à l'activité. Il semble qu'il y a là une erreur résultant apparemment de ce que cet acte a été inspiré par le décret de la Guerre du 20 avril 1875. La loi du 13 mars 1875 est spéciale à l'armée, et la disposition qu'elle contient à cet égard ne peut être étendue par analogie aux officiers généraux de la marine; le passage dans la deuxième section est, pour eux, définitif.

cune différence. Elle n'exige plus comme la loi du 17 juin 1841 que les infirmités aient été contractées ou les blessures reçues en service.

Le temps passé dans la deuxième section ne compte pas pour l'ancienneté dans le grade. Du moment où le rappel à l'activité devenait possible en temps de paix, il était logique que l'officier ne reprit son rang que déduction faite du temps passé hors de la première section, comme s'il avait été placé en non-activité pour infirmités temporaires. La loi du 13 mars 1875 n'a pas manqué de le prescrire, et ses termes sont formels en ce qui concerne les officiers généraux admis par anticipation au cadre de réserve ; mais la disposition relative à ceux qui passent à ce cadre à l'âge normal n'a pas la même netteté : les lois des 14 et 17 janvier 1890 disent seulement que le temps passé au cadre de réserve après la limite d'âge ne compte pas pour la retraite, sans préciser s'il compte pour l'ancienneté.

Les annuaires de l'armée et de la marine continuant à classer les officiers généraux de la deuxième section d'après la date de nomination à leur grade, on serait tenté de croire que leur ancienneté est déterminée par cette date. Il résulte cependant de certains textes que l'ancienneté ne continue plus à courir après le passage au cadre de réserve. Les officiers généraux de la deuxième section reprenant du service en temps de guerre prendraient donc rang, tant entre eux que vis-à-vis ceux de la première, d'après le temps qu'ils ont passé dans leur grade en activité et non d'après leur date de nomination à ce grade. Cette solution aurait été évitée si l'application de la non-activité pour infirmités temporaires avait été maintenue, comme pour les officiers supérieurs ou subalternes,

et si la deuxième section avait conservé le caractère de position définitive ; elle est d'autant plus regrettable qu'elle est contraire à la règle admise par le Département de la Guerre pour déterminer l'ancienneté des officiers supérieurs ou subalternes de réserve.

La loi de 1834 reste applicable aux officiers généraux de la deuxième comme de la première section.

Les officiers généraux du cadre de réserve peuvent donc être placés en non-activité par retrait d'emploi ; le Conseil d'État l'a reconnu en diverses circonstances. La première fois qu'une décision de la sorte fut attaquée, le requérant prétendait que le retrait d'emploi ne pouvait être prononcé en temps de paix à l'égard des officiers généraux de la deuxième section, puisqu'ils n'étaient pas pourvus d'emploi ; le Conseil d'État se prononça contre cette manière de voir parce que ces officiers n'ont pas cessé d'être en activité de service et que les dispositions de la loi de 1834 leur sont applicables (28 décembre 1877, West).

Dans la position de retrait d'emploi, ils reçoivent une solde égale seulement aux deux cinquièmes de celle d'activité. Les lois récentes qui allouent aux officiers généraux de la deuxième section une solde de réserve égale au taux de la pension de retraite n'ont pas modifié cette situation ; elles n'ont pas pour effet de convertir cette solde en une pension de retraite dont le montant serait irrévocablement acquis (20 novembre 1903, Dumont).

Les officiers généraux des deux sections ne peuvent, au contraire, être admis à la retraite que sur leur demande. La loi du 4 août 1839 (art. 7) fait toutefois exception pour ceux « *auxquels seraient appliquées les dispositions de la loi du 19 mai 1834* ».

La discussion de la loi n'éclaire guère sur la signification de cette disposition énigmatique. Un amendement avait été proposé en vue d'y substituer un texte précis, indiquant qu'en dehors de leur demande, les officiers généraux ne seraient admis à la retraite que dans les cas prévus ou les formes établies pour la mise en réforme.

Le ministre de la Guerre en demanda le rejet parce que le texte proposé était moins général que celui du projet de loi ; et il fut entendu que la règle d'après lesquelles les officiers généraux ne peuvent être admis à la retraite que sur leur demande ne concernait que ceux qui seraient valides et qui, d'autre part, ne donneraient lieu à aucun reproche motivant une mesure disciplinaire. C'était reconnaître au ministre le pouvoir que la loi voulait lui retirer.

Depuis lors, ce texte fut l'objet de plusieurs interprétations. D'après les uns, il aurait fallu comprendre par là que l'officier général peut être mis en réforme et qu'il demandera lui-même sa mise à la retraite ; c'était contraire à la définition de la réforme ; d'après d'autres, il en résultait seulement qu'un officier général pouvait être mis en non-activité et que, dans ces conditions, il préférerait demander la liquidation de sa pension.

Le Conseil d'État avait même admis qu'un officier

général pouvait être mis à la retraite d'office dans le cas où il y aurait lieu de lui appliquer la non-activité (16 décembre 1852, Chadeysson); c'était la négation de la loi et, pourtant, cet arrêt était conforme aux explications données par le ministre au moment du vote de l'article.

Un arrêt du 28 décembre 1877 (West) a définitivement fixé la jurisprudence. Un officier général peut être admis à la retraite d'office, mais seulement dans les cas prévus et suivant les formes prescrites pour la mise en réforme. Des arrêts ultérieurs ont confirmé cette jurisprudence qui, si elle n'est pas conforme aux intentions des auteurs de la loi, présente au moins l'avantage de lui donner un sens acceptable sans laisser place à l'arbitraire (10 juillet 1891, Hubert Castex ; 17 juin 1904, de Cornulier-Lucinière).

Dans l'armée de mer l'article 7 de la loi du 10 juin 1896, qui a remplacé le texte correspondant de la loi du 17 juin 1841 et a été étendu par l'article 55 de la loi du 31 mars 1903 aux corps autres que celui des officiers de marine, porte que les officiers généraux ne peuvent être admis à la retraite d'office qu'après accomplissement des *formalités* prescrites pour la mise en réforme.

Bien que ce texte ne fasse allusion qu'à des exigences de forme, il semble que, comme dans l'armée de terre, une mise à la retraite ne peut-être fondée que sur une des causes qui motivent la mise en réforme.

Pour se rendre compte exactement de la situation des officiers généraux du cadre de réserve, il faudrait exami-

ner leur condition civile et politique, mais cette étude sortirait du cadre que nous nous sommes tracé. Nous croyons cependant intéressant de suivre, par trois exemples, l'effet des transformations apportées à leur position par les lois récentes et spécialement celle de 1890.

Jusqu'à cette loi, l'officier général de la deuxième section, étant considéré comme en activité de service, ne pouvait se marier sans autorisation (13 juillet 1870, d'Argout); sa veuve avait droit à pension comme s'il s'était marié pendant qu'il était dans la première section. D'autre part, il lui était interdit de s'occuper d'affaires commerciales et de faire partie de conseils d'administration de sociétés financières, industrielles et autres. Enfin il conservait le bénéfice du tarif réduit sur les voies ferrées.

La loi du 14 janvier 1890 n'admettant plus pour la retraite le temps passé au cadre de réserve après la limite d'âge, le ministre de la Guerre considère maintenant les officiers généraux placés dans la deuxième section après avoir atteint la limite d'âge comme rendus, à certains égards, à la vie civile. L'instruction ministérielle du 23 mars 1897 (art. 66), les dispense de demander autorisation pour contracter mariage, et stipule que le mariage contracté par eux dans le cadre de réserve ne confère plus droit à pension à la veuve. On peut discuter sur le point de savoir si véritablement la loi de 1890, dont le seul but était de régler une question de solde, peut avoir cet effet, mais il n'en est pas moins intéressant de relever la tendance de cette nouvelle doctrine du Département de la Guerre.

Plus récemment, une circulaire du 26 décembre 1903, tout en affirmant que les officiers généraux de la deuxième section continuent à faire partie des cadres de l'armée, a levé l'interdiction, pourtant renouvelée en 1904, de prendre part à des opérations commerciales, en faisant remarquer que la loi du 30 mars 1902, autorisant la concession de congés de longue durée, avait reconnu cette faculté à des officiers, bien que faisant partie de l'armée.

Ce rapprochement n'est pas sans danger et pourrait avoir des conséquences non voulues au point de vue du bénéfice du tarif réduit sur les voies ferrées. Les compagnies de chemins de fer refusant catégoriquement cet avantage aux officiers en congé de longue durée, il ne serait pas étonnant qu'elles cherchâssent à le retirer aux officiers généraux de la deuxième section. S'il en était ainsi, ces officiers perdraient le dernier avantage de la condition spéciale qui leur est faite ; aussi peut-on se demander, sans craindre de porter atteinte à leurs prérogatives, s'il y a un intérêt quelconque à maintenir la législation actuelle.

A l'origine, l'organisation d'une deuxième section répondait à une nécessité réelle ; depuis cette époque, des cadres d'officiers de réserve ayant été constitués pour les grades inférieurs, on ne voit plus à quel intérêt répond un régime différent pour les officiers généraux.

Les officiers généraux qui ne seraient pas maintenus en activité sans limite d'âge seraient admis à la retraite dans les mêmes conditions que les officiers des autres grades ; les garanties qu'ils possèdent actuellement pourraient leur être

conservées contre une admission à la retraite prématurée. Ils seraient nommés officiers de réserve dans les corps qui possèdent une réserve, et, dans les autres cas, resteraient pendant cinq années à la disposition du ministre.

Les soldes qu'ils reçoivent étant égales à la pension à laquelle ils ont droit, ces officiers ne subiraient aucun préjudice ; ils conserveraient comme officiers en retraite ou de réserve les mêmes prérogatives (port de l'uniforme,.... sauf quelques réductions dans les honneurs funèbres).

Notre législation militaire ne pourrait que gagner à cette simplification : on éviterait, en particulier, cette anomalie que les officiers généraux ne peuvent être admis par anticipation au cadre de réserve qu'en justifiant de leur invalidité. Le cadre de réserve ainsi constitué ne comprend donc que des officiers infirmes, en dehors de ceux qui y ont passé à la limite d'âge, tandis que l'État est privé en temps de guerre des services des officiers généraux partis prématurément et qui ont dû demander leur admission à la retraite parce qu'ils étaient en bonne santé.

Vu :

Vu :

Le Président de la thèse,

Le Doyen,

H. BERTHELEMY.

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD. •

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
TITRE PREMIER	
Généralités.	
CHAPITRE I ^{er} . — <i>Généralités sur l'état des officiers</i>	7
CHAPITRE II. — <i>Concession de l'état d'officier</i>	46
TITRE II	
Le grade.	
CHAPITRE I ^{er} . — <i>Collation du grade</i>	32
CHAPITRE II — <i>Perte du grade</i>	43
1 ^o Démission.....	47
2 ^o Perte de la qualité de Français	52
3 ^o Condamnation à une peine afflictive ou infamante....	54
4 ^o Condamnation à une peine correctionnelle pour cer- tains délits.....	57
5 ^o Condamnation à une peine correctionnelle d'emprison- nement avec interdiction de séjour et des droits civi- ques, civils et de famille.....	60
6 ^o Destitution prononcée par un conseil de guerre.....	61
7 ^o Exclusion de l'armée par application de la loi sur le recrutement	66
Grâce.....	68
Réhabilitation.....	72
BLOT.	46

Révision	72
Amnistie	73

TITRE III

L'ancienneté et le rang d'ancienneté.

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Caractères généraux</i>	79
CHAPITRE II. — <i>Fixation de l'ancienneté</i>	90
CHAPITRE III. — <i>Recours fondés sur le rang d'ancienneté</i> ..	93
CHAPITRE IV. — <i>Limite des droits résultant de l'ancienneté</i> ..	100

TITRE IV

L'emploi et les positions de l'officier.

CHAPITRE I ^{er} . — <i>Généralités</i>	107
CHAPITRE II. — <i>Activité</i>	114
CHAPITRE III. — <i>Non-activité</i>	118
1 ^o Licenciement de corps, suppression d'emploi, rentrée de captivité	119
2 ^o Infirmités temporaires	120
3 ^o Retrait ou suspension d'emploi	122
Situation des officiers en non-activité	130
Cessation de la non-activité	133
CHAPITRE IV. — <i>Réforme</i>	137
1 ^o Pour infirmités incurables	139
2 ^o A la suite de certaines fautes	142
3 ^o Pour prolongation de la non-activité	147
Conseils d'enquête	157
Situation de l'officier en réforme	179
CHAPITRE V. — <i>Retraite</i>	184
1 ^o Pour ancienneté de service	186
a) Sur la demande l'officier	183

TABLE DES MATIÈRES	243
<i>b)</i> D'office	187
<i>c)</i> Par limite d'âge.....	202
2° Pour cause de blessures ou d'infirmités.....	207
3° Après 25 ans de services en cas d'infirmités.....	210
Situation des officiers en retraite.....	212
CHAPITRE VI. — <i>Conséquence de l'annulation d'une décision</i> <i>irrégulière</i>	216
CHAPITRE VII. — <i>État spécial des officiers généraux</i>	226

Grande Imprimerie de Blois, 2, rue Haute.
